

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAYSA RATTI

**ADOTANDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA ABORDAGEM
CONSTITUCIONAL**

CURITIBA

2007

MAYSA RATTI

**ADOTANDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA ABORDAGEM
CONSTITUCIONAL**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, da
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2007

RESUMO

O presente trabalho objetivou abordar o tema da adoção a partir de uma perspectiva constitucional. Para tanto, coube entender os direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais. Verificar a passagem de um sistema de indiferença para um sistema de proteção integral em relação aos infanto-adolescentes. Discorrer sobre os impactos causados pela Constituição Federal de 1988 no Direito de Família, e a sua relevância para o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Compreender o importante papel do princípio do melhor interesse da criança na interpretação das normas que disciplinam as questões relativas aos infanto-adolescentes, na busca pela concretização dos direitos fundamentais dos mesmos. Afastar a noção de uma possível discricionariedade ilimitada que, em tese, poderia ser conferida aos operadores do direito em função do referido princípio. Buscar interpretar os requisitos e efeitos da adoção à luz do melhor interesse da criança e da ordem de valores preconizada pela Constituição. Demonstrar, por fim, que o tema da adoção é tratado por dois diplomas legais com racionalidades distintas: Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. A PROTEÇÃO SÓCIO-JURÍDICA AOS INFANTO ADOLESCENTES	3
2.1. Os Direitos da Criança e do Adolescente: a teoria direitos fundamentais	3
2.2. A proteção jurídica aos Direitos da Criança e do Adolescente no âmbito internacional	5
2.3. A Proteção social e jurídica aos Direitos da Criança e do Adolescente no âmbito nacional.....	9
2.3.1. A Doutrina do Direito Penal do Menor	15
2.3.2. A Doutrina Jurídica do Menor em Situação Irregular.....	19
2.3.3. A transição para a Doutrina da Proteção Integral	22
2.3.4. A Doutrina da Proteção Integral	23
3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: OS IMPACTOS CAUSADOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E O ADVENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	26
3.1. A mudança de racionalidade operada pela Constituição Federal de 1988 no Direito de Família.....	26
3.2. A constitucionalização do direito civil e o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente.....	32
4. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	41
4.1. Origens	41
4.2. O princípio do melhor interesse da criança no Direito Brasileiro	42
4.3. Princípio do melhor interesse da criança e suas funções: discricionariedade ilimitada?.....	42
5. A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL	49
5.1. Noções introdutórias.....	49
5.1.1. Breve relato histórico da adoção na legislação brasileira: Código Civil de 1916, Lei 3.133/57, Lei 4.655/65 e Lei 6.697/79	51
5.1.2. Contradição aparente de leis?	55
5.2. Atual regime jurídico da adoção no Brasil.....	57
5.2.1. Requisitos da adoção	58
A. Idade mínima do adotante.....	58
B. Diferença de idade entre adotante e adotando	59
C. Estado Civil dos adotantes.....	60
D. Comprovação da estabilidade familiar	64
E. Consentimento do(s) adotante(s) e do adotando	64
F. Intervenção Judicial.....	67
G. Estágio de convivência	69
H. Efetivo benefício e reais vantagens	70
5.2.2. Efeitos pessoais da adoção	71
5.2.3. Efeitos patrimoniais da adoção	75
5.2.4. Adoção por tutor ou curador.....	75
5.2.5. Adoção por estrangeiros	76
5.2.6. Do processo de adoção	78
5.3. Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil: distinções e proteções	82
6. CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS.....	89

1. INTRODUÇÃO

A necessidade de que se faça uma “revisita” aos institutos do Direito Civil, à luz da Constituição Federal, tem sido amplamente propugnada pela doutrina.

A Constituição passou a ser vista como deveria: um sistema aberto de princípios e regras sujeitos a valores, que além de servir de ponto de partida e fundamento, oferece harmonia e unidade ao sistema jurídico. Ressalte-se, por ora, que nessa nova ordem avulta a importância dos princípios.

É nessa perspectiva que se propõe uma “abordagem constitucional da adoção”.

A adoção não pode ser vista apenas como uma das três formas de colocação em família substituta (guarda, tutela e adoção), ou como forma de origem do parentesco civil. Muito mais que isso, a adoção estabelece a filiação fundada no vínculo afetivo, propiciando uma verdadeira inserção familiar ao adotando.

Para que se proceda a uma abordagem constitucional da adoção, se buscará compreender, primeiramente, a proteção sócio-jurídica dispensada às crianças e adolescentes, no âmbito internacional e nacional, num breve esforço histórico. Como se deu a passagem de um sistema de absoluta indiferença à criança e ao adolescente ao sistema de proteção integral dos mesmos? Qual o significado de proteção integral?

A partir daí, se procurará entender a mudança de racionalidade operada pela Constituição na família. Quais os principais impactos causados pela Carta Magna à família? Que efeitos repercutiram na posição da criança no âmbito familiar e na sociedade? De que maneira se relaciona o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente com a constitucionalização do Direito Civil?

Compreendida então a nova ordem oriunda com a Constituição, e, nesse âmbito, a importância que os princípios passaram a ter, será abordado o princípio do melhor interesse da criança.

O princípio do melhor interesse da criança é tema que suscita inúmeras indagações. O que vem a ser tal princípio, do qual muito se comenta e pouco se explica? Quais devem ser os parâmetros para a sua interpretação e aplicação? O referido princípio abriria espaço para uma discricionariedade ilimitada do juiz no caso concreto?

Com base no princípio do melhor interesse da criança, o tema da adoção no direito brasileiro será abordado a partir de uma perspectiva constitucional. Quais leis trataram da matéria? Com o advento do Código Civil, haveria conflito entre este e o ECA, lei que já disciplinava a matéria de adoção? Quais são seus requisitos e efeitos? Como podem os requisitos e efeitos serem temperados pelo princípio do melhor interesse?

Por fim, emergirá o seguinte questionamento: o ECA e o Código Civil oferecem iguais dimensões protetivas aos infanto-adolescentes?

Por tudo o que foi exposto, é que se pode dizer que a revisita que se fará a esse instituto do direito civil, fundado primordialmente no afeto, terá como norte o princípio do melhor interesse da criança e a Constituição Federal.

2. A PROTEÇÃO SÓCIO-JURÍDICA AOS INFANTO ADOLESCENTES

2.1. Os Direitos da Criança e do Adolescente: a teoria direitos fundamentais

O Direito da Criança e do Adolescente é especialidade no Direito na qual a criança ou o adolescente figuram em dos pólos das relações que se estabelecem com a família, a sociedade e o Estado, possuindo como fundamento a doutrina jurídica da proteção integral. Essa doutrina, que será objeto aprofundamento posterior, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988¹ e, preconiza que crianças e adolescentes são *sujeitos de direitos universalmente reconhecidos*², direitos que são comuns a todos os sujeitos e direitos especiais pela sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento.

Esses direitos são indisponíveis, por serem direitos sócio-individuais, pessoais e sociais ao mesmo tempo, na medida em que interessa tanto a criança e ao adolescente quanto a sociedade que essas normas sejam efetivas³. Para o Paulo Afonso Garrido de PAULA: “*A indisponibilidade decorre da titularidade dual, de modo que a desregrada e pessoal disposição é inaceitável, porquanto ninguém pode desfazer unilateralmente de coisa comum.*”⁴

Os Direitos da Criança e do Adolescente dispostos no art. 227 da Constituição Federal são direitos fundamentais. O art. 5º e seus setenta e sete incisos da Constituição Federal que dispõem acerca dos direitos fundamentais não constituem rol taxativo, ou seja, direitos que não estão ali previstos também podem ser considerados fundamentais⁵.

O artigo em comento não possui o intuito de congelar os direitos fundamentais, já que o próprio art. 5º em seu parágrafo segundo preceitua que os direitos e garantias ali expressos não excluem outros que decorram do regime e dos

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. *Novo código civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. São Paulo: RT, 2003.

² FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. *Tutela da Filiação*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 262.

³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002, p.26.

⁴ PAULA, P. A. G.de. Ob. cit., p.26.

⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Família, Infância e juventude: os desafios do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, sem paginação.

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte⁶. Para Tânia da Silva PEREIRA:

No tocante à Constituição brasileira de 1988 podemos hoje afirmar, com segurança, que os direitos fundamentais eleitos pelo constituinte não estão restritos ao art. 5º em seus 77 incisos. É a conclusão a que se chega através da simples leitura do parágrafo 2º deste mesmo artigo [...].⁷

No mesmo sentido é o entendimento de Heloísa Helena BARBOSA:

Os deveres da família, da sociedade e do Estado para com as crianças e adolescentes correspondem a direitos fundamentais dessas, os quais integram os denominados direitos humanos que, por sua própria natureza, gozam de primazia, inclusive em nível de relações internacionais da República (art. 4º, II, da CF/88).⁸

Acertado, portanto, é o entendimento de que os direitos da criança e do adolescente possam ser caracterizados como um ramo autônomo, uma nova disciplina no direito. Esses direitos possuem autonomia científica e legislativa, esta baseada em normas internacionais, normas constitucionais, lei específica e princípios próprios. Resta ainda, no entanto, o reconhecimento de sua autonomia didática. Além disso, a interdisciplinaridade mostra-se extremamente relevante nesse novo ramo, ganhando abrigo, inclusive no Estatuto da Criança e do Adolescente⁹ art. 150 e art. 151, a necessidade de uma equipe interprofissional que auxilie a Justiça da Infância e da Juventude.

Também é correta a idéia de que os direitos da criança e do adolescente devam ser reconhecidos como direitos fundamentais.

A importância de se reconhecer os Direitos da Criança e do Adolescente como direitos fundamentais, remete tanto a sua dimensão protetiva, no sentido de que não poderá haver ofensa a esses direitos, quanto prestacional, tendo em vista a necessidade de sua promoção e satisfação.¹⁰

⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Família, Infância e juventude: os desafios do novo Código Civil*, sem paginação.

⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Família, Infância e juventude: os desafios do novo Código Civil*, sem paginação.

⁸ BARBOSA, Heloisa Helena. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 114.

⁹ BRASIL. Lei n. 8069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 12/072007.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto alegre: Livraria do advogado Ed., 2006, p.100.

2.2. A proteção jurídica aos Direitos da Criança e do Adolescente no âmbito internacional

A primeira iniciativa de proteção que se tem notícia ocorreu em 1924 com a Declaração de Genebra¹¹, a qual mencionou a necessidade de uma proteção especial à criança. De acordo com a Declaração homens e mulheres de todas as nações, independente de raça, nacionalidade ou credo, tem a responsabilidade de oferecer o melhor que puderem às crianças, além disso, elencam-se situações em que a criança deve ter prioridade, como exemplo, casos em que necessita de alimentos, de medicamentos para a saúde, de ajuda, de proteção contra todas as formas de exploração.

No ano de 1948 foi a vez da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas se preocupar em garantir cuidados e assistência diferenciados. É o que se depreende de seu art. 25, parágrafo segundo: *“A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social”*¹². Vale ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem demonstra uma preocupação do direito internacional pelos direitos humanos, em decorrência das atrocidades que ocorreram durante a segunda guerra mundial. Antecedida pela Carta das Nações Unidas, a Declaração foi inspirada no Bill of Rights da Constituição dos Estados Unidos. Embora a influência norte-americana tenha prevalecido na Declaração, duas foram as forças contrapostas quando da sua discussão na Comissão de Direitos Humanos:

[...] ao passo que a Grã-Bretanha queria uma convenção de cumprimento obrigatório, os Estados Unidos conseguiram que a sua posição prevalecesse mediante a adoção de uma simples recomendação que não obrigaria os Estados e não afetaria o respeito à soberania.¹³

Em 1949, o Protocolo Adicional à Convenção de Genebra, Protocolo I¹⁴, tratou da proteção às vítimas de conflitos armados de caráter internacional, já o Protocolo II¹⁵, do mesmo ano, cuidou da mesma proteção aos conflitos sem caráter

¹¹ Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/childrights.html>. Acesso em: 14/07/07.

¹² Assessoria de Apoio aos Juizados da Infância e da Juventude -AAJII. *Coletânea de Leis da Área da Criança e do Adolescente*. Curitiba: Juruá, 2000, p.23.

¹³ SILVA, G. E. do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 354.

¹⁴ Disponível em: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/93_sp.htm. Acesso em: 14/07/07.

¹⁵ Disponível em: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/94_sp.htm. Acesso em: 14/07/07.

internacional. Este, em seu art. 4º, ao tratar das garantias fundamentais, preceitua que serão proporcionados às crianças os cuidados e ajuda de que necessitarem.

Com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 aparece pela primeira vez a expressão **melhor interesse da criança**, *the best interests of child*. Veja-se o seu princípio de número dois:

A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis, visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.¹⁶

De acordo com Selma Regina ARAGÃO o mérito da Declaração Universal dos Direitos da Criança foi “*transformar o problema da criança num desafio que implicava uma solução universal: pais e países tinham a obrigação de proteger e educar suas crianças.*”¹⁷ Acertada é a opinião da autora, pois embora as declarações não impliquem uma obrigação específica aos países, a obrigação moral assumida em documento internacional revela o interesse de cada país signatário de proteger as suas crianças, através de leis que tenham como finalidade precípua o melhor interesse das mesmas.

Como serão utilizadas as expressões “tratado”, “declaração” e “convenção”, cabem alguns esclarecimentos quanto à nomenclatura e quanto aos efeitos que produzem aos países signatários. Utiliza-se a expressão genérica de “tratado” para qualquer acordo de vontades feito entre pessoas internacionais, sendo que os mesmos podem ser denominados de convenção, protocolo, convênio, declaração, etc., de acordo com a forma, conteúdo, objeto ou fim a que se destina. É o entendimento de Hildebrando ACCIOLY¹⁸ e José Francisco REZEK¹⁹.

A diferença entre as Declarações e as Convenções consiste no fato de que, enquanto aquelas não constituem obrigações específicas, mas apenas afirmações de princípio de caráter moral, estas possuem força coercitiva, impondo aos Estados-Partes, com a sua ratificação, decisões e mecanismos de controle para que sejam cumpridas. De acordo com Celso D. de Albuquerque MELLO enquanto a Convenção

¹⁶ AAJII. Ob. cit., p.25.

¹⁷ ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Ângelo Luis de Souza. *O Estatuto da Criança e do Adolescente em face do Novo Código Civil*. Cenários da Infância e da Juventude brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

¹⁸ SILVA, G. E. do N.; ACCIOLY, H. Ob. cit., p. 29.

¹⁹ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.15-17.

produz normas gerais, as Declarações “*criam princípios jurídicos ou ‘afirmam uma atitude política comum’[...]*”²⁰. Tânia da Silva PEREIRA afirma que

“As Convenções contêm regras de procedimentos flexíveis e adaptáveis às mais diversas realidades, delineando políticas legislativas a serem adotadas pelos Estados-Partes. Estes têm a obrigação de, não só respeitar os direitos reconhecidos nas convenções, mas também garantir o livre e pleno exercício dos mesmos. Conseqüentemente, os governos têm tanto deveres positivos como negativos”²¹.

As Regras de Beijing²², (Resolução 40. 33 da Assembléia Geral da ONU de 29/11/85), tratam de normas mínimas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude.

As Diretrizes de Riad²³ e as Regras mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade²⁴, aprovadas em 1990 pela Assembléia Geral da ONU, tratam da delinquência juvenil e, permeiam o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), embora não ratificados pelo Brasil. Ressalte-se que a ratificação:

[...] é o ato administrativo mediante o qual o chefe de Estado confirma tratado firmado em seu nome ou em nome do Estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário. Geralmente, só ocorre a ratificação depois que o tratado foi devidamente aprovado pelo Parlamento, a exemplo do que ocorre no Brasil, onde esta faculdade é do Congresso Nacional.²⁵

Hildebrando ACCIOLY alerta para o fato de que é ultrapassado o entendimento segundo o qual os tratados somente seriam obrigatórios aos Estados-Partes com a ratificação, já que atualmente só se ratifica o tratado se o mesmo assim o exigir.

Na Declaração Mundial sobre Sobrevivência, Proteção e Desenvolvimento das Crianças²⁶, adotada pela Cúpula Mundial para Crianças (Nova Iorque/1990) são mencionados os “*corredores de paz*”²⁷ que devem ser feitos em áreas de conflitos e de mobilização internacional possibilitando o suprimento de alimentos, vacinação e

²⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p.176.

²¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.4-5.

²² AAJIJ. Ob. cit., p.26.

²³ AAJIJ. Ob. cit., p.32.

²⁴ AAJIJ. Ob. cit., p.40.

²⁵ SILVA, G. E. do N.; ACCIOLY, H. Ob. cit., p.34.

²⁶ AAJIJ. Ob. cit., p.52

²⁷ AAJIJ. Ob. cit., p.60

serviços de saúde às mulheres e crianças, além disso, ressalta que o objetivo dos participantes do Encontro de Cúpula pela Criança é “ *o de assumir um compromisso conjunto e fazer um veemente apelo universal: dar a cada criança um futuro melhor.*”²⁸ Como se pode perceber, o movimento para a proteção é cada vez mais efetivo.

A preocupação com garantias mínimas que toda sociedade deve assegurar às crianças surge com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 1989 na Assembléia Geral das Nações Unidas, e, ratificada pelo Brasil através do Decreto 99710/90. Com esta Convenção o Princípio do Melhor Interesse da Criança passou a integrar o sistema jurídico brasileiro. Isso porque, quando incorporadas ao sistema jurídico brasileiro, as convenções tornam-se leis nacionais, e “*Para o STF, após a sua incorporação, os tratados encontram-se no plano das leis ordinárias, em posição inferior à Constituição.*”²⁹ A Convenção em seu art. 3º, parágrafo 1º, assim preceitua: “*Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança*”³⁰. Vale ressaltar que a referida Convenção considera como “criança” os menores de 18 anos, tendo em vista que toma esta idade como base para o fim da menoridade, preceituando que cada país deve fazer a devida adaptação se a maioria for determinada por idade diferente desta.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica de 1969)³¹, ratificada pelo Brasil através do Decreto 678 de novembro de 1992, preceitua em seu art. 19 que em razão da condição de “*menor*”, a família, a sociedade e o Estado devem oferecer às crianças medidas de proteção. Ressalte-se, mais uma vez, a preocupação do direito internacional em expressamente referir-se à necessidade de proteção especial inerente aos infante-adolescentes.

Em 1996, o Decreto Legislativo 60 aprovou a Convenção Interamericana sobre Conflitos em Matéria de Adoção de Menores.³²

²⁸ AAJJ. Ob. cit., p.52

²⁹ SILVA, G. E. do N.; ACCIOLY, H. Ob. cit., p.68.

³⁰ AAJJ. Ob. cit., p.71.

³¹ AAJJ. Ob. cit., p.110.

³² GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática: com abordagem do Novo código Civil*. Curitiba: Juruá, 2003, p.114.

A Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional³³, aprovada em maio de 1993 em Haia, quando da 17ª Secção da Conferência de Leis Privadas Internacionais, foi promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 3.087 de 22 de junho de 1999.

Vale ressaltar que os atos internacionais que tem a finalidade de proteção à pessoa humana, “*demonstram exatamente a subjetividade internacional do indivíduo, vez que o transformam em portador de direitos e deveres perante a ordem internacional.*”³⁴, e foi nos documentos internacionais que o legislador nacional se inspirou na busca pela consolidação de leis protetivas à criança e ao adolescente.

2.3. A Proteção social e jurídica aos Direitos da Criança e do Adolescente no âmbito nacional

A proteção aos direitos da criança e do adolescente, no sentido de “*cuidado (com algo ou alguém) mais fraco; tratamento privilegiado que alguém recebe; legislação que protege (algo) e o conjunto de medidas práticas para fazer valer essa legislação*”³⁵, se constitui em preocupação recente tanto no âmbito internacional, como já foi visto, quanto nacional, já que por muito tempo os interesses do mundo infante-adolescente foram confundidos com os interesses adultos. Quando a criança e o adolescente eram especificados pelo direito, seu papel era de subordinação ao mundo adulto, quase objetos. Um exemplo disso é o Código Civil de 1916³⁶, no qual os direitos dos filhos estavam subordinados a relação existente entre os pais, momento em que imperava a discriminação em relação à origem da filiação.

Em 1693, oficialmente se demonstrou uma tentativa de proteção direta à infância, pois o então Governador Antonio Paes de Sande, do Rio de Janeiro, ao informar ao Rei as condições em que estavam os enjeitados da cidade, como eram comumente chamadas as crianças que eram abandonadas, freqüentemente, em razão de relações que ocorriam fora dos lares legítimos, obteve do Rei a ordem para que a Câmara tomasse providências, a qual, por sua vez, em razão da falta de

³³ AAJJ. Ob. cit., p.143.

³⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: 1979, p.725.

³⁵ PROTEÇÃO. In: *Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa* 1.0, 2001. CD-ROM.

³⁶ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil de 1916. *Novo código civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. São Paulo: RT, 2003.

recursos, nada pôde fazer. Restou então à Santa Casa de Misericórdia o pedido para que assistisse aos enjeitados³⁷.

Nessa época, as iniciativas para minimizar os problemas sociais, em especial das crianças abandonadas, era da Igreja, o que se fazia por meio de hospitais e instituições caritativas.

No século XVIII, durante o período colonial foram criadas as três primeiras Rodas dos Expostos, das treze que existiram no Brasil. A Roda dos Expostos foi um sistema, inventado na Europa medieval, que consistia em uma roda giratória na qual eram colocadas crianças, que poderiam então ser recolhidas sem que os pais fossem identificados. As rodas foram usadas inicialmente pelos mosteiros, permitindo que os monges recebessem, por exemplo, alimentos, sem contato com o mundo exterior. Posteriormente, os monges começaram a receber, por meio das rodas, crianças doadas pelos pais para que servissem à Deus. Entretanto, pais que queriam abandonar as suas crianças utilizavam-se da roda para fazê-lo. Assim, do uso indevido da Roda nos mosteiros surgiu a Roda para os expostos. No Brasil foram implantadas treze Rodas:

[...] três criadas no século XVIII (Salvador, Rio de Janeiro, Recife) uma no início do Império (São Paulo); todas as demais foram criadas no rastro da Lei dos Municípios que isentava a Câmara da responsabilidade pelos expostos, desde que na cidade houvesse uma Santa Casa de Misericórdia que se incumbisse desses pequenos desamparados. Neste caso estiveram as rodas de expostos das cidades de Porto Alegre, Rio Grande e Pelotas (RS), de Cachoeira (BA), de Olinda (PE); de Campos (RJ), Vitória (ES), Desterro (SC) e Cuiabá (MT). Estas oito últimas tiveram vida curta; na década de 1870 essas pequenas rodas praticamente já haviam deixado de funcionar. Subsistiram apenas as maiores.³⁸

O índice de mortalidade infantil nessa época era vultoso devido às péssimas condições de higiene dessas instituições de caridade e, também, dos maus tratos que eram dispensados à criança. Em meado do século XIX começou no Brasil um movimento, inspirado no liberalismo europeu, para que se abolisse as Rodas dos Expostos:

Ele partiu inicialmente dos médicos higienistas, horrorizados com aos altíssimos níveis de mortalidade[...]. Os esforços para extinguir as rodas no

³⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.302.

³⁸ MARCILIO, Maria Luiza. *A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726 – 1950*. In: FREITAS, Marcos Cezar de. (Org.) *História social da infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2006, p.66.

país tiveram a adesão dos juristas, que começavam a pensar em novas leis para proteger a criança abandonada e para corrigir a questão social que começava a perturbar a sociedade: a adolescência infratora.³⁹

Selma ARAGÃO alerta para o fato de que *“A ‘caridade’ cristã era exercida a nível de castigo, já que as crianças eram ‘frutos do pecado’ (‘monstros’ ou ‘pródigos’ como diria um romano) e podiam ser consideradas uma espécie de lixo social.”*⁴⁰ A criança, nesse período, era identificada como um problema social.

A chegada da Corte Portuguesa ao Brasil, segundo a mesma autora, teria sido um marco para uma mudança de mentalidade da sociedade brasileira. Isso porque tanto os costumes europeus que chegaram, quanto necessidades econômicas e de status das elites nacionais, pressionaram as mesmas para uma valorização da educação de seu filhos. Internatos e Colégios foram construídos, obviamente apenas para as elites sociais, ficando o ensino do restante das crianças e adolescentes à mercê das instituições de caridade.

Mesmo com a independência do Brasil em 1822 o país continuou sob influência dos ideais europeus, e, em 1830, a preocupação com a mortalidade infantil e com as condições de saúde dos adultos, impuseram a adoção de preceitos sanitários que estavam em voga, propiciando, através dos médicos, a higienização da sociedade. De acordo com Maria Luiza MARCILIO:

Com o século XIX chega a influência da filosofia das luzes, do utilitarismo, da medicina higienista, das novas formas de se exercer a filantropia e do liberalismo, diminuindo drasticamente as formas antigas de caridade e solidariedade para com os mais pobres e desvalidos.⁴¹

Este processo esteve restrito às elites, e por isso, Selma Regina ARAGÃO, em relação à higienização da sociedade, bem observa:

O processo de higienização, acima referido, veio aumentar a distância entre os cidadãos e os não cidadãos. As autoridades governamentais investiram recursos no aprimoramento de sua própria classe, enquanto as crianças oriundas das classes inferiores foram excluídas, assim como seus pais.⁴²

Artur Moncorvo Filho fundou em 1899 o Instituto de Proteção e Assistência à infância do Rio de Janeiro (IPAIRJ), cujo objetivo era uma atuação assistencialista aos pobres, baseada na concepção higienista da época. A tentativa por parte do

³⁹ MARCILIO, M. L. Ob. cit., p.68.

⁴⁰ ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. S. Ob. cit., p.3.

⁴¹ MARCILIO, M. L. Ob. cit., p. 67.

⁴² ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. S. Ob. cit., p.5.

médico de sensibilizar as elites para que as medidas higienistas fossem estendidas também aos carentes não surtiu efeito.

Sobre a situação da criança no século XIX, Selma Regina ARAGÃO afirma que “*A criança não-cidadã, no Brasil do século XIX, ‘é um caso de polícia’, sem direito a uma política que a eleve da condição de ‘coisa’ ou de ‘monstro’ ao status de ‘pessoa’ e ‘ser humano’.*”⁴³

Tânia da Silva PEREIRA⁴⁴ ao tratar das mudanças estruturais que podem ser identificadas no Brasil a partir do final do século XIX, e da assistência à infância, nessa época, alude ao trabalho de pesquisa de Irma RIZZINI. Esta afirma que havia um conflito entre Caridade e Filantropia, modelos assistencialistas, na busca pela dominação do pobre, e, conseqüentemente, da infância desassistida. A Filantropia seria uma continuidade da caridade, mas permeada por idéias científicas, e que propunha reintegração social.

No início do século XX percebeu-se que a infância pobre e desassistida constituía-se em um grave problema social, para o qual medidas assistencialistas não bastariam. Irma RIZZINI afirma:

[...] o Estado passa a intervir no espaço social através do policiamento de tudo que foi causador da desordem física e moral e pela ordenação desta sob uma nova ordem. [...] A infância pobre torna-se alvo, não só de atenção e de cuidados, mas também de receios. [...] a infância ‘moralmente abandonada’ é potencialmente perigosa [...]. A mentalidade repressora começa a ceder espaço para uma concepção de reeducação, de tratamento de assistência ao menor.⁴⁵

Surgiu, em razão destas novas preocupações, um novo modelo de assistência à infância, não mais pautado nos dogmas da Igreja, mas agora nas ciências, como a medicina, o direito, a pedagogia.

A preocupação das ciências com a questão social da infância refletia uma troca de dominação sobre os pobres, até então exclusiva da Igreja. Esta não foi capaz de controlar sozinha os problemas sociais, e, assim, a infância desassistida

⁴³ ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. S. Ob. cit., p.6.

⁴⁴ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, 304-305.

⁴⁵ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p.305.

tornou-se objeto de estudo das ciências, o que serviu de respaldo para que as elites sociais e políticas tomassem para si a dominação sobre os carentes⁴⁶.

A mesma autora afirma que embora as instituições de caridade do século XIX estivessem preocupadas com a formação de mão-de-obra, além da educação moral e religiosa, somente no século XX optou-se pela educação como forma de devolver à sociedade indivíduos produtivos, e assim, passíveis de adaptação ao meio social.

O direito demonstrou sua preocupação com crianças e adolescente sob o prisma da capacidade. A proteção aos infanto-adolescentes era reflexa da tutela oferecida aos adultos, a qual partia dos conceitos de pessoa, capacidade e personalidade. A falta de capacidade de fato ou de exercício suprida pelos representantes legais do mundo adulto fazia com que as crianças e adolescentes, mesmo que dotados de personalidade jurídica, fossem impedidos de exercerem seus direitos personalíssimos por eles mesmos, o que afastava seus interesses da proteção do direito.⁴⁷

O Código Civil de 1916 representou a realidade sócio-jurídica do Brasil do final do século XIX, sendo que tanto o Código de Napoleão quanto as transformações estruturais que vinham ocorrendo na Europa no início do século XIX influenciaram esse diploma legal. A tutela do Estado em relação à família, e o interesse da sociedade na salvaguarda das relações familiares contra a violência marcaram essa lei. Entretanto, apenas o modelo de família adotado pelo Código Civil de 1916 (família matrimonializada, hierárquico-patriarcal) pôde se beneficiar das inovações⁴⁸. Tânia da Silva PEREIRA, acerca da questão, elucida:

[...] a sociedade de então valorizava a família legítima, distinguindo-a sobretudo nos direitos patrimoniais e o 'resto' era considerado como 'enjeitados' ou 'párias' desta mesma sociedade. 'Perfilhar um filho ilegítimo ou mesmo promover legalmente uma adoção era um privilégio jurídico de poucos.'⁴⁹

⁴⁶ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p.305-306.

⁴⁷ PAULA, P. A. de. Ob. cit., p. 14.

⁴⁸ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p.307.

⁴⁹ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p.308.

A proteção ao adolescente e à criança era restrita ao fato de se procurar um responsável adulto que as pudesse representar ou assistir, visando a proteção de seu patrimônio. No mesmo sentido, Paulo Afonso Garrido de PAULA:

Em resumo, por que conferir direitos àqueles impossibilitados de os exercerem pessoalmente, se já contavam com a proteção, de seus interesses pelo mundo adulto? A tutela dos órfãos, dos filhos dos ausentes, e daqueles que decaíram do pátrio poder, não deixa de elucidar a questão, porquanto sua finalidade reside na identificação do integrante do mundo adulto que possa proteger a criança ou adolescente e, eventualmente, seu patrimônio. Também os abandonados teriam tutores nomeados pelo juiz, ou seriam recolhidos a estabelecimentos públicos para este fim destinados, denotando que a proteção jurídica quase se exauria na busca do responsável adulto que representasse ou assistisse a criança e o adolescente no exercício de seus direitos.⁵⁰

A capacidade que não se fazia presente para reconhecer direitos na esfera civil era, entretanto, presente em relação aos interesses subordinados. Quando da existência de normas repressivas, os adolescentes e as crianças eram capazes de assumir obrigações, ou seja, a capacidade existia quando eles estavam em conflito com a lei.

Crianças e adolescentes, enquanto subordinados das relações jurídicas, deveriam suportar pessoalmente, inclusive fisicamente, as consequências repressivas dos ilícitos cometidos.

Sobre as alterações pelas quais o ordenamento jurídico passou, até que os interesses infanto-adolescentes se tornassem de subordinados a subordinantes, Paulo Afonso Garrido de PAULA, afirma terem existido quatro estágios, quais sejam:

a) sistema de absoluta indiferença às questões da infância e juventude, aferível pela inexistência de normas relacionadas a crianças e adolescentes; b) sistema de mera imputação criminal, onde as leis seriam inspiradas exclusivamente pelo propósito de coibir a criminalidade infanto-juvenil, tendo como pressuposto a capacidade em suportar as consequências do ilícito; c) sistema tutelar, evidenciado por leis objetivando conferir ao mundo adulto poderes tendentes à integração sócio-familiar da criança ou adolescente em situação de patologia social, compondo forma de proteção reflexa de seus interesses pessoais; d) sistema de proteção integral, onde as leis reconhecem direitos e garantias à criança e ao adolescente, tutelando interesses peculiares e outros comuns aos ser humano, bem como criam instrumentos para a efetivação dos seus direitos individuais frente à família, sociedade e Estado.”⁵¹

⁵⁰ PAULA, P. A. G. de. Ob. cit., p. 14.

⁵¹ PAULA, P. A. G. de. Ob. cit., p.26.

Tânia da Silva PEREIRA⁵², sobre o assunto, assegura terem sido três as correntes doutrinárias formadas no Brasil, quais sejam, a Doutrina do Direito Penal do Menor, a Doutrina Jurídica do Menor em Situação Irregular e a Doutrina Jurídica da Proteção Integral.

2.3.1. A Doutrina do Direito Penal do Menor

A Doutrina do Direito Penal do Menor se expressou principalmente através dos Códigos Penais de 1830⁵³ e 1890⁵⁴, adotando como base da imputabilidade a pesquisa do discernimento, ou seja, pesquisa da consciência, do entendimento acerca da ação criminosa. A preocupação aqui restringia-se à delinquência do menor.

Nessa fase, não se estabelecia um patamar mínimo de idade para que uma criança ou adolescente pudesse ser responsabilizado, sendo que o direito emprestava da Igreja a idéia de indício da idade da razão e a adotava como parâmetro.⁵⁵

Essa orientação foi adotada pelas Ordenações do Reino⁵⁶ e pelo Código Penal de 1830.

Ressalte-se que a Lei do Ventre Livre ou Lei Rio Branco (Lei nº 2.040 de 1871)⁵⁷ preceituou que os filhos de escravas nascidos a partir da promulgação da lei seriam considerados livres, e, os senhores das escravas, mães de filhos livres em razão da vigência da lei, deveriam proporcionar aos pequeninos condições de subsistência até que completassem oito anos. Após essa idade, os senhores poderiam receber uma indenização e entregar os menores ao Estado, ou poderiam utilizar os serviços dos escravos até os 21 anos como forma de compensação pela sua criação, ou seja, depois dos oito anos cabiam-lhe apenas as normas repressivas, já que as crianças libertas constituíam um fardo social e um bem, era uma verdadeira desapropriação de crianças.

⁵² PEREIRA, T. da S. *O melhor interesse da criança*, p.11-14.

⁵³ PAULA, P. A. G de. Ob. cit., p.15.

⁵⁴ PAULA, P. A. G de. Ob. cit., p.17.

⁵⁵ PAULA, P. A. G de. Ob. cit., p.16.

⁵⁶ PAULA, P. A. G de. Ob. cit., p.15.

⁵⁷ PAULA, P. A. G de. Ob. cit., p.16.

O Código Penal da República de 1890⁵⁸ da mesma maneira prescrevia as mesmas medidas repressivas impostas aos adultos, mas com atenuações e reduções fracionárias.

Em 1902 a Lei nº 947⁵⁹ além de criar as Casas Correcionais em seu art. 1º denominou as crianças abandonadas de “menores viciosos”, expressão que demonstra como as crianças abandonadas eram vistas como um fardo e uma ameaça à ordem da sociedade.

A década de 20 inaugurou um período de ação social do Juizado de Menores, no qual o juiz declarava se a criança era abandonada ou delinqüente, e se delinqüente quais seriam as medidas tomadas.⁶⁰

Com o objetivo inicial de trazer à tona discussões acerca da necessidade de se elaborar um Código de Menores, a Lei nº 4.242⁶¹ além de criar o Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinqüente, inseriu dispositivos no Código Civil de 1916, os quais tratavam da perda do pátrio poder em caso de abandono. Entre outras matérias, disciplinou as relativas às medidas repressivas, em seu art. 3º e seus incisos. Para Selma Regina ARAGÃO⁶², a Lei nº 4.242 constituiu um marco da legislação menorista anterior ao Código de Menores.

Em 1924 criou-se no Brasil o primeiro Juizado de Menores. Foi fruto da inspiração no Tribunal de Menores fundado em 1899 nos Estados Unidos, e, no movimento presente na Europa entre 1905 e 1921, o qual propiciou a criação de Tribunais de Menores em quase todos os países europeus.

O Código de Menores de 1927⁶³, primeiro Código Sistemático de Menores do país e da América Latina, conhecido como “Código Mello Mattos”, em razão de José Cândido Albuquerque Mello Mattos, seu articulador e criador, foi o precursor na legislação brasileira de uma busca do Estado pela assistência aos menores de 18 anos. Conforme Tânia da Silva PEREIRA assevera:

A partir do Código Mello Mattos, o Estado assumiu o trabalho de assistência e proteção sob a sua jurisdição, com programas de ação direta e intensiva,

⁵⁸ PAULA, P. A. G de. Ob. cit., p.17.

⁵⁹ ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. S. Ob. cit., p.6.

⁶⁰ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p. 309.

⁶¹ ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. S. Ob. cit., p.6.

⁶² ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. de S. Ob. cit., p.6.

⁶³ PAULA, P. A. G de. Ob. cit., p.18.

enfrentando as questões de política social, ocupando lugar de destaque na administração pública [...]”⁶⁴.

O Código Mello Matos repetiu algumas medidas repressivas da Lei 4.242 de 1921, embora tenha sido o primeiro a considerar o estado físico, moral e mental da criança e também as condições sociais, morais e econômicas dos pais, o que representou um avanço. Excluiu a teoria do discernimento em seu art. 69, parágrafo 3º. Previu a medida de recolhimento aos abandonados em seus arts. 53 e seguintes e também o encaminhamento dos menores a um lar, prevendo o sigilo ao processo de recolhimento. Ressalte-se que a condição de abandonado importava em agravamento da pena. Tratou da proteção dos menores de 2 anos, os quais poderiam ser entregues para serem criados fora da casa dos pais. Também, proibiu o trabalho noturno dos menores de 18 anos, além de limitar aos 12 anos a idade para trabalho do menor. Este Código sofreu algumas modificações após a sua edição. De acordo com Tânia da Silva PEREIRA, este Código “[...] *representou a abertura de uma visão legislativa sobre o problema da criança e do adolescente em todos os seus aspectos.*”⁶⁵

Com o Código Penal de 1940⁶⁶ foi fixada a responsabilidade penal em 18 anos de idade, o que fez com que o Código de Menores de 1927 tivesse de ser alterado. Àqueles que contassem com idade entre 14 e 18 anos foi estabelecido o critério da periculosidade, cabendo a eles a medida de internação até que o juiz de menores entendesse que a periculosidade tivesse terminado, ou então, se assim não entendesse, depois de completada a maioridade caberia a medida de segurança. Caso o juiz não entendesse pela periculosidade, confiaria o menor aos pais, responsáveis, tutores, guardiões, ou então, determinaria o internamento em estabelecimento de educação ou profissional. Aos menores de 14 anos as medidas do Código de Menores de 1927 foram mantidas.

⁶⁴ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p.315.

⁶⁵ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p. 310.

⁶⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 19/07/2007.

O Decreto nº 3779/41⁶⁷ criou o SAM, Serviço de Assistência a Menores, o qual foi caracterizado pela repressão institucional aos adolescentes e as crianças, sob o manto da proteção aos “*desvalidos e infratores*”⁶⁸.

Percebe-se com o exposto, que só havia referência à criança como infratora ou como incapaz, nesse período, o direito ainda esteve distante de reconhecer a condição peculiar inerente à criança e ao adolescente.

A Consolidação das Leis do Trabalho de 1943⁶⁹ regulamentou o trabalho do “*menor*”, sendo que, até mesmo o Código de Menores de 1979 em seu art. 83 previu que “*a proteção ao trabalho do menor era regulada por legislação especial*” em uma clara referência à CLT.

Também no ano de 1943, com o Decreto-Lei nº 6.026⁷⁰, tem-se a estabilização da concepção assistencialista, já que o mesmo determinou que fossem retiradas “expressões ou conceitos” de natureza penal do Código de Menores.

Apenas a partir de 1959, em razão da Declaração dos Direitos da Criança, houve uma tentativa nacional de enfrentar os problemas que circundavam a infância, ainda de maneira assistencialista, e por meio de ações terapêuticas e preventivas. Passou-se a entender que a questão da educação e da proteção à criança era um problema universal.⁷¹

Em 1964, através da Lei nº 4.513⁷² foi então criada a Funabem, Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. A Funabem inicialmente possuía o objetivo de fixar as diretrizes substanciais da política nacional do Bem-Estar do Menor, por meio de ações terapêuticas e preventivas, na tentativa de reintegração social e de atuação sobre os ambientes que causavam a marginalização. Em detrimento da repressão e segregação, em tese, previa programas educacionais, por meio de internatos e semi-internatos, a partir de uma perspectiva científica, embasada em pesquisas de campo. Suas ramificações em Estados e Municípios constituíam as

⁶⁷ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p.311.

⁶⁸ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p.311.

⁶⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm. Acesso em: 19/07/2007.

⁷⁰ ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. de S. Ob. cit., p.7.

⁷¹ ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. de S. Ob. cit., p.7.

⁷² PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p.311.

Febens, Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor. A atuação direta da Funabem e das Febens causou o desvirtuamento das suas funções originais. Tornaram-se estruturas que atuavam com programas indefinidos e impregnados de irregularidades. Ressalte-se que nesse momento histórico, no campo político, imperava a ditadura militar, e, assim, liberdade e direito de cidadania não foram os nortes da tentativa de resgate das crianças.

A Funabem, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), transformou-se na Fundação Centro Brasileiro para Infância e Adolescência, FCBIA. Esta, sob influência do Estatuto, adotou outra postura, propondo a extinção gradativa dos internatos. A medida provisória nº 886/95 extinguiu o FCBIA, transferindo as suas atribuições ao Ministério da Justiça e ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.⁷³

2.3.2. A Doutrina Jurídica do Menor em Situação Irregular

A Doutrina Jurídica do Menor em Situação Irregular foi a adotada pelo Código de Menores de 1979⁷⁴. Politicamente ainda sob a alçada da ditadura militar, constituiu instrumento de controle social da criança e do adolescente, originando então o Direito do Menor. Ressalte-se que no plano internacional a Doutrina da Proteção Integral já vigia nessa época.

O fundamento da doutrina abarcada pelo Código de Menores de 1979 é a “situação irregular”, a qual, se presente, permitia a atuação do juiz e a aplicação do Código.

Nessa fase crianças e adolescentes eram vistos como objetos de medidas judiciais, quando presente a situação irregular. Assim, a incidência do Código estava adstrita às condições de patologia na sociedade. Tânia da Silva PEREIRA enuncia essas situações de irregularidade previstas neste Código em seu art. 2º:

- a. Menor privado de condições essenciais de subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável e manifesta impossibilidade de os mesmos provê-las; b. Menor vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; c. Menor em perigo moral devido a

⁷³ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.19.

⁷⁴ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p.312.

encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrario aos bons costumes, e na hipótese de exploração em atividade contraria aos bons costumes; d. Menor privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; e. Menor com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar e comunitária; f. Menor autor de infração penal.⁷⁵

O Código de Menores de 1979 manteve a orientação de que as crianças e os adolescentes deveriam suportar pessoalmente as consequências repressivas por seus atos praticados, e assim pouco inovou. Previu, entretanto, a possibilidade de que fossem criadas entidades de assistência e proteção ao menor pelo Poder Público. Vale ressaltar que as expressões utilizadas pelo Código, tais como “menor” e “situação irregular”, estavam carregadas de conotações negativas, geralmente aquela queria significar “trombadinha”, “delinqüente” e esta “anormalidade, “patologia”, “marginalidade”.⁷⁶

A comparar a doutrina da situação irregular, presente no Código de Menores de 1979, com a da proteção integral, Wilson Donizeti LIBERATI faz a seguinte observação:

O Código revogado não passava de um Código Penal do ‘Menor’, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas em medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na verdade, eram seres privados de seus direitos.⁷⁷

Até então, a intenção da sociedade era a sua própria proteção, ou seja, se proteger dos adolescentes em conflito com a lei, restando às demais crianças e adolescentes a proteção reflexa dos interesses dos adultos. É o posicionamento de Paulo Afonso Garrido de PAULA:

Era a tutela do mundo adulto, porquanto o Direito protegia a sociedade dos crimes praticados por crianças e adolescentes e, aos não criminosos apenas dispensava a proteção reflexa aos seus interesses, por intermédio de seus pais ou responsáveis.⁷⁸

Acertada é a posição de Paulo Afonso Garrido de PAULA, já que o direito não se preocupava com todas as crianças e adolescentes, mas apenas com uma

⁷⁵ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.21.

⁷⁶ ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. de S. Ob. cit., p.9.

⁷⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti Liberati. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.13.

⁷⁸ PAULA, P. A. G. de. Ob. cit., p.20.

parcela deles, especificamente aqueles que estavam em situação irregular, a qual se caracterizava pela vitimização, abandono ou pelo conflito com a lei.

De acordo com essa doutrina, ao juiz eram dadas duas competências, a de caráter penal e a de caráter tutelar, sendo que a discricionariedade e os critérios subjetivos do juiz constituem marca dessa doutrina. O caráter tutelar se dava por exclusão, ocorrendo em relação às situações em que a competência não era penal, e decorria geralmente de problemas sociais.

A Doutrina Jurídica do Menor em Situação Irregular caracterizou-se, também, pela política assistencialista baseada na proteção do menor abandonado ou infrator, forjado por um sistema tutelar. Nesse sentido Tânia da Silva PEREIRA cita o entendimento de Márcio Thadeu Silva MARQUES:

O 'paternalismo' das instâncias com ações voltadas às crianças e adolescentes traduzia uma perspectiva de que a criança e o adolescente somente seriam conhecidos como objetos de medida de proteção, em uma perspectiva tutelar, pelo que sua dimensão ôntica, como pessoa em desenvolvimento, era substituída por uma condição de receptor da prática assistencialista, como benesse e, portanto, sem considerar seus direitos à convivência familiar e comunitária, à opinião, ao respeito e à dignidade.⁷⁹

Outra característica do sistema tutelar era a ausência de preocupação com o rigor procedimental e com as regularidades formais, pois sob o manto do art. 5º, que previa que os interesses do menor deveriam se sobrepor a qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado, a atuação do juiz, em tese, sempre favorável ao menor, permitia a falta de apreço pela lei e, inclusive, interpretações contrárias a lei.

Em razão das características desse sistema, pode-se dizer que o Direito do Menor, no pensamento de Paulo Afonso Garrido de PAULA, optou pela tutela ressarcitória, em razão da prevenção, que ao lado da identificação da situação irregular e da cura, constituíram finalidades claramente expressas no Código de Menores:

[...] infere-se da leitura do código de Menores que a espécie de tutela que acabou sendo definida foi mesmo a ressarcitória, de vez que o conjunto de normas especiais somente incidiria após a verificação da situação irregular. Sob o enfoque da prevenção o legislador acabou por disciplinar apenas medidas de vigilância, em regra de conteúdo proibitivo para a criança e o adolescente, como os jogos de bilhar, denotando que a idéia de prevenir totalmente ofensas aos direitos da criança e do adolescente ainda estava para ser consolidada.⁸⁰

⁷⁹ PEREIRA, T. da S. *O melhor interesse da criança*, p. 13.

⁸⁰ PAULA, P. A. G. de. Ob. cit., p.29.

Ressalte-se a observação de Tânia da Silva PEREIRA acerca do Código de Menores: *“O Código de Menores não se dirigia à prevenção, só cuidava do conflito instalado. O Juiz de Menores atuava na prevenção de 2º grau, através da polícia de costumes, proibição de freqüência em determinados lugares, casas de jogos etc.”*⁸¹

2.3.3. A transição para a Doutrina da Proteção Integral

Como já afirmado, a menção ao mundo infanto-adolescente no Direito se expressava por meio de relações em que os mesmos eram subordinados, objetos dos interesses adultos. Com a Constituição Federal de 1988 se invertem os pólos dessa relação, passando então a existir relações subordinantes entre crianças e adolescentes, num dos pólos, e no outro, família, sociedade e Estado, passando os últimos, agora, a serem os subordinados da relação. Essa inversão, que se mostra clara com o art. 227 da Constituição, institui um novo paradigma no Direito, uma vez que reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, sujeitos ativos e titulares de interesses juridicamente protegidos.⁸²

Especialmente na década de 80, em âmbito nacional, se buscou nos documentos internacionais fundamentos para proteção das crianças e dos adolescentes.

Criou-se o “Fórum Nacional Permanente de Direitos da Criança e do Adolescente”, que se constituiu em um importante instrumento de mobilização e pressão para que as emendas de iniciativa popular relativas à proteção da infanto-adolescência, inspiradas nos princípios básicos da *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*, pudessem ser introduzidas no texto constitucional.

Assim, a Constituição de 1988 introduziu os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, reconhecendo a sua condição de pessoas em desenvolvimento, e, consagrando a “Doutrina da Proteção Integral”, sendo o art. 227 da Carta Republicana uma síntese da Convenção de 1989.

O Estatuto da Criança e do Adolescente por sua vez, em seus arts. 3º, 4º e 5º repetem o art. 227 da Constituição. Por ser um diploma legal específico aos

⁸¹ PEREIRA, T. da S. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p. 312.

⁸² PAULA, P. A. G. de. Ob. cit., p.22.

adolescentes e às crianças, e, ainda, por ter adotado inteiramente os preceitos constitucionais relativos ao mundo infanto-juvenil, o ECA é a primeira lei em que a criança e o adolescente são tratados na sua integralidade, como seres humanos e sujeitos de direitos.

2.3.4. A Doutrina da Proteção Integral

Ao tratar da Doutrina da Proteção Integral surge a oportunidade de se buscar um sentido, um significado para a expressão “proteção integral”.

Vale ressaltar, que ao se questionar porque se fez necessário proteger a criança, o adolescente e o idoso, Ana Carolina Brochado TEIXEIRA assevera que a proteção *“se justifica em razão da fase peculiar em que vivem: a criança e o adolescente por falta de maturidade, e o idoso, pela debilidade física e/ou mental que, naturalmente, pode lhe acometer”*⁸³.

Paulo Afonso Garrido de PAULA, sobre o significado da expressão, ensina que a *“[...] proteção integral constitui-se em expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado.”*⁸⁴

Wilson Donizeti LIBERATI, ao se referir à doutrina da proteção integral esclarece que a mesma tem como base *“[...] direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes, que, na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada, integral.”*⁸⁵

Tânia da Silva PEREIRA acerca do significado da expressão proteção cita o entendimento de Paolo VERCELONE:

[...] o termo proteção pressupõe um ser humano protegido e um ou mais seres humanos que o protegem, isto é, basicamente um ser humano que tem necessidade de outro ser humano. Obviamente este segundo ser humano deve ser mais forte que o primeiro, pois deve ter a capacidade para protegê-lo. Como corolário lógico, a proteção pressupõe uma desigualdade (um é mais forte que o outro) e uma redução real da liberdade do ser humano protegido: ele deve ater-se às instruções que o protetor lhe dá e é defendido contra terceiros (outros adultos e autoridade pública) pelo protetor.⁸⁶

⁸³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos principiológicos do Estatuto da criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.6, n.26, out./nov. 2004, p.22.

⁸⁴ PAULA, P. A. G. de. Ob. cit., p.23.

⁸⁵ LIBERATI, W. D. L. Ob. cit., p.13.

⁸⁶ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.27.

Com a palavra proteção procura-se assegurar condições atuais e futuras ao desenvolvimento do mundo infanto-juvenil, já que a intenção é proteger os direitos e garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes, da sociedade, da família e do Estado.

Adjetiva-se o termo proteção com a palavra integral. A palavra integral, aqui, quer significar a universalidade das relações interpessoais, sem nenhum tipo de exclusão, que envolvam crianças e adolescentes. Pode ser entendida também, no sentido de a proteção abranger a totalidade do ser humano, aqui em formação, na sua variedade de aspectos, físico, mental, e social. Daí é que não pode prevalecer o entendimento de que o termo integral signifique integrar ao sistema, uma vez que como já mencionado, não é disso que se trata, e, nem esse sentido de integral que se quer aqui empregar.

Em comparação com a legislação anterior, o Código de Menores de 1979, pode-se dizer que a proteção integral rompeu com a idéia de se tutelar apenas crianças e adolescentes em situação irregular, o que se pretende é proteger quaisquer crianças e adolescentes, em quaisquer situações, uma vez que todos são sujeitos de direitos fundamentais e possuem prioridade absoluta, garantidos constitucionalmente.

O conceito de proteção integral é na sua essência jurídico, embora resulte de uma opção política da sociedade. Isso porque com a idéia de proteção integral, surgida primeiramente nos documentos internacionais, incorporada posteriormente com a Constituição no ordenamento jurídico brasileiro, e, presente também no ECA, o que se quer é que um conjunto de normas jurídicas, destinadas a pessoas, crianças e adolescentes, em condição peculiar, pois estão em desenvolvimento.⁸⁷

Ao tratar da proteção integral, Tânia da Silva PEREIRA elucida que “A proteção integral é um dever social e, como norma constitucional, não é sugestão ou conselho, é determinação.”⁸⁸ Portanto, com a doutrina da proteção integral a proteção da criança passou a ser um dever social.

Agora, adolescentes e crianças são sujeitos ativos das situações jurídicas de que fazem parte, e, o direito estabelece então garantias e direitos deles em relação

⁸⁷ PAULA, P. A. G. de. Ob. cit., p. 23.

⁸⁸ PEREIRA, T. da S. *Família, Infância e juventude: os desafios do novo Código Civil*, sem paginação.

ao Estado, à família e à sociedade. Assim, crianças e adolescente podem então ser entendidos na condição de crianças e adolescente, portanto, como realmente são, e, não como um projeto de adulto que deve ser bem sucedido.

Mostra-se relevante o questionamento no sentido de que sociedade se quer quando se opta por proteger a criança e o adolescente, cabendo aqui as esclarecedoras palavras de Paulo Afonso Garrido de PAULA:

[...] interessa a todos nós, sociedade, o continuar evolutivo, a perene atualização de potencialidades, a melhoria da Nação e o Direito da Criança e do Adolescente alcançam o coletivo, tutelando ao mesmo tempo, através de norma única, tanto o interesse pessoal como o social.⁸⁹

Vale acrescentar a percepção política que o termo proteção integral implica, e, como consequência, a necessidade de políticas públicas, aliadas à participação da sociedade, que possibilitem a satisfação dos direitos infanto-adolescentes.

Nesse sentido, tanto a Constituição Federal de 1988 em seu art. 227, quanto o ECA em seu art. 4º, tratam de mecanismos no intuito de que a proteção integral e a absoluta prioridade possam ser realizadas, vejam-se alguns exemplos extraídos dos textos legais em comento:

ECA: “Art. 4º: Parágrafo Único: A garantia de prioridade compreende: [...] c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

Constituição Federal: “Art. 227: § 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos[...].”

Portanto, não basta prever direitos e garantias, e por isso, acertadamente a Constituição de 1988 e o Estatuto preocuparam-se com a concretização desses direitos, tarefa tanto do Estado quanto da sociedade.

⁸⁹ PAULA, P. A. G. de. Ob. cit., p. 25.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: OS IMPACTOS CAUSADOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E O ADVENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

3.1. A mudança de racionalidade operada pela Constituição Federal de 1988 no Direito de Família.

Como foi visto no capítulo anterior, a Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase protetiva dos direitos da criança e do adolescente, mas não só isso. O advento da Constituição causou grandes impactos no Direito Civil e, especificamente no Direito de Família, não foi diferente.

A história da criança está umbilicalmente ligada à história da família e a função que exerce na mesma. Assim, merecem atenção as mudanças ocorridas no âmbito familiar para que se compreenda a nova posição em que a criança e o adolescente passou a ocupar na mesma.

A família é o primeiro núcleo em que se insere a pessoa após o nascimento e meio onde ocorre o seu desenvolvimento. É o espaço por excelência, a princípio, para o desenvolvimento da personalidade de seus partícipes. Nesse sentido, Michelle PERROT ensina: *“A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano.”*⁹⁰

Podendo ser ligada tanto por laços de sangue quanto por laços de afeto, a família, em muitos aspectos, é regulada pelo Direito.

Embora esse ramo do direito esteja publicizado, permeado de normas públicas, a família ainda continua informada por interesses eminentemente privados. O Estado, ao mesmo tempo em que invade a esfera privada com normas cogentes, confere aos indivíduos a possibilidade de regularem determinados setores da vida, conforme seus interesses. Um exemplo dessa confluência entre normas cogentes e o direito privado pode ser o regime de bens no casamento. Quando o indivíduo decide pelo casamento como forma de constituição de família, pode optar pelo regime de bens que quiser, com total liberdade, salvo algumas exceções previstas em lei, entretanto, feita a escolha, o indivíduo estará conformado às regras postas sobre o regime adotado.

A interpenetração entre o direito público e o privado é característica atual, e, sobre a dificuldade de se estabelecer o que está no campo do público ou do privado

⁹⁰ PERROT, Michele. *O nó e o ninho*. In: Veja 25: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993, p. 81.

nos esclarece Gustavo TEPEDINO que a distinção não é mais qualitativa e sim quantitativa:

[...] determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública⁹¹.

Muitas são as transformações pelas quais a família tem passado. Por isso, deve-se aceitar a realidade sociológica da mesma, ou seja, a família como fato cultural, já que esta se transforma a todo o momento em função dos fenômenos sociais que ocorrem. Nesse sentido bem observa Luiz Edson FACHIN que “*Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno*”⁹², e, assim, para o autor (1999, p.19) “*No direito positivado fotografa-se um instante de uma realidade mutante.*”⁹³

Sobre as repercussões da Carta Magna de 1988 no Direito de família, são seus pontos fundamentais: a família como base da sociedade e em razão disso merecedora da proteção do Estado (art.226, caput); o casamento como modo de instituição da família (parágrafo 1º); a igualdade jurídica entre os cônjuges (parágrafo 5º); reconhecimento da união estável como entidade familiar (parágrafo 3º); reconhecimento da família monoparental como entidade familiar (parágrafo 4º); dissolução do casamento pelo divórcio (parágrafo 6º); igualdade entre os filhos não importando qual a sua origem (art.227, parágrafo 6º).⁹⁴

Com a Constituição Federal, houve a superação do modelo familiar característico do século XIX.

A família do século XIX, heterossexual, matrimonializada, hierárquico-patriarcal e transpessoal, regulada pelo Código de 1916, era garantidora da estabilidade do Estado, do funcionamento da economia, da geração de mão de obra e da transmissão de patrimônios. Sobre a família do século XIX, Heloísa Helena BARBOSA elucida assevera:

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.20.

⁹² FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.15.

⁹³ FACHIN, L. E. *Elementos Críticos do direito de família*, p.19.

⁹⁴ VIANA, Marco Aurélio S. *A tutela da criança e do adolescente*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.285.

[...] uma família hierarquizada, chefiando o marido a mulher e os filhos, no exercício do poder marital e do pátrio poder. [...] Os filhos, enquanto menores, sujeitavam-se (art. 379 do Código Civil) ao pátrio poder, dispensando-lhes a lei civil proteção, traduzida nos deveres inerentes ao pátrio poder.⁹⁵

José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ explicam que a família era “*dominada pelo princípio da unidade de direção. A família tem um chefe: o marido. Sua estrutura é diferenciada, baseada no princípio da repartição de funções, e hierarquizada.*”⁹⁶

Havia nesse modelo, portanto, a repartição de funções. O homem era o chefe da família, sendo que a função de provê-la lhe era exclusiva. À mulher, como sua companheira, cabia dirigir moralmente a família e também as tarefas domésticas e administração do lar. Os filhos não tinham papel algum, eram objetos.

Atualmente há uma dinâmica no desempenho dos papéis, as decisões são tomadas em conjunto, sendo que os filhos participam ativamente delas.

O caráter hierárquico patriarcal existia em razão das divisões de papéis entre seus membros, como já mencionado acima, ou seja, papel de representante assumido pelo pai, marido, cujos interesses prevaleciam sobre os demais, sendo a mulher e os filhos meros fantoches. De acordo com José Lamartine C. de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, a hierarquização da família, presente no Código Civil de 1916: “*transparece no texto do caput do at. 233, em que se reconhece no marido a posição de chefe, combinado tal artigo com o 240, em que a mulher era definida como ‘auxiliar nos encargos da família’.*”⁹⁷, também com relação ao “pátrio poder”, a hierarquia se fazia presente: “[...] *o pátrio poder só ao pai competia, cabendo o poder à mãe só em caso de falta ou impedimento do marido.*”⁹⁸

A Constituição Federal em seu art. 226, parágrafo 5º estabeleceu a igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges. As decisões que interessam à família, especialmente em relação aos filhos, devem ser de comum acordo, e, quando não há consenso, recorre-se ao judiciário. Com isso, há a democratização da família.

⁹⁵ BARBOSA, H. H. Ob. cit., p.109.

⁹⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 299.

⁹⁷ OLIVEIRA, J. L. C; MUNIZ, F. S. F. Ob. cit., p.300.

⁹⁸ OLIVEIRA, J. L. C; MUNIZ, F. S. F. Ob. cit., p.302.

A superação do modelo matrimonial para constituição de família surge também com a Constituição Federal, em seu art. 226, parágrafos 3º e 4º, momento em que se opta pela pluralidade de entidades familiares. Ao lado do casamento, tem-se a família monoparental, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes e a oriunda de união estável. Vale lembrar aqui, que de acordo com Paulo Luiz Netto LÔBO⁹⁹ esse rol do art. 226 é meramente exemplificativo, devendo o Estado oferecer proteção a qualquer forma de família.

A liberalização do divórcio, em razão da facilitação da dissolução do casamento, prevista no art. 226, § 6º da Constituição também representa uma das revoluções ocorridas no direito de família introduzida pela nova ordem constitucional.

Por fim, o caráter transpessoal significa que se desconsiderava a proteção concreta dos membros da família. O que se tem hoje é uma família que busca a proteção das pessoas que dela fazem parte, nesse sentido o art. 226, § 8º da Constituição preceitua que “*o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*”.

As rupturas que ocorreram na família correspondem a um construído histórico, e não a um dado, que fora movido por um desejo de felicidade e de liberdade de escolhas, segundo Michele PERROT “[...] *as rupturas que assistimos hoje são a culminação de um processo de dissociação iniciado há muito tempo. Ele está ligado em particular ao individualismo moderno do século XIX.*”¹⁰⁰

Especificamente, no âmbito da filiação, essas transformações podem ser facilmente percebidas. Gustavo TEPEDINO, ao tratar das alterações axiológicas introduzidas pela Constituição de 1988 e da atividade interpretativa, esclarece que se deve combinar com as modificações ocorridas na família os princípios fundamentais dos arts. 1º a 4º, especialmente o art. 1º, III, o qual institui a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, concluindo que essa combinação define uma nova ordem de valores no âmbito da filiação, quais sejam:

1.a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das

⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n.12, jan./mar. 2002, p. 40-55.

¹⁰⁰ PERROT, Michele. Ob. cit., p. 78.

relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação entre os genitores.¹⁰¹

Assim, após a Constituição Federal, duas são as premissas que regem a filiação no ordenamento jurídico atual, quais sejam, a igualdade absoluta entre os filhos e o primado absoluto do interesse das crianças e dos adolescentes.

Os filhos são protagonistas atualmente, adquiriram um status que não possuíam, uma vez que antes eram vistos como objeto do interesse paterno e materno. Nesse sentido, Heloísa Helena BARBOSA ensina que :

Efetivamente, não tinham os filhos até 1988, a rigor, 'vida jurídica própria', uma vez que seu status jurídico encontrava-se atrelado à situação civil-familiar dos pais: se esses fossem casados, os filhos eram legítimos, tendo plenos direitos; se não casados, os genitores, ilegítimos eram os filhos, com diferentes direitos, vedada em alguns casos (filiação adulterina e incestuosa) a própria aquisição do estado de filho.¹⁰²

A igualdade entre os filhos foi estabelecida pelo art. 277, § 6º da Constituição Federal. De acordo com essa premissa, independentemente dos laços que unem os filhos aos pais, todos os filhos deverão ser tratados igualmente, o que visa coibir qualquer tipo de discriminação entre eles. Há uma “*despenalização dos filhos extraconjugais*”¹⁰³, nos dizeres de Gustavo TEPEDINO, já que a discriminação em relação à origem da filiação era corrente nas leis, como visto acima.

Vale ressaltar que, com a igualdade entre os filhos, a Constituição Federal retira da família a sua vinculação a uma função meramente reprodutiva e de manutenção da paz doméstica, passando a ser o local privilegiado para o desenvolvimento da personalidade de seus partícipes. De acordo com Heloísa Helena BARBOSA, com a igualdade entre os filhos trazida pela Constituição os pais passaram a “*ter o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (CF/88, art. 229), independentemente de serem ou não casados. Educar os filhos não é mais dever dos cônjuges, mas dos pais.*”¹⁰⁴

Por sua vez, a primazia absoluta do interesse da criança e do adolescente, presente no art. 227, caput, está baseada na idéia de que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e de que todas as decisões tomadas pela família, sociedade e Estado, devem ser favoráveis aos interesses destes.

¹⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.448.

¹⁰² BARBOSA, H. H. Ob. cit., p.110.

¹⁰³ TEPEDINO, G. *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional*, p.450.

¹⁰⁴ BARBOSA, H. H. Ob. cit., p.110.

Essa absoluta prioridade, informada pela dignidade da pessoa humana, possibilitou a mudança da família hierarquizada para uma família democrática, já que se retirou do homem, chefe da família, o pátrio poder quase ilimitado que possuía.¹⁰⁵ A mudança da família hierarquizada para a família democrática é gradual, é o que se quer, mas não o que se tem, na maioria das famílias não é assim.

Vale lembrar aqui que com a Constituição se institui um novo paradigma em relação aos direitos das crianças e adolescentes, uma vez que se reconheceu relações subordinantes entre o mundo infanto-adolescente de um lado, e, de outro, família, sociedade e Estado. Paulo Afonso Garrido de PAULA esclarece que:

Somente com a Constituição de 1988 é que se reconheceu a possibilidade de crianças e adolescentes participarem direta e amplamente de relações jurídicas com o mundo adulto, na qualidade de titulares de interesses juridicamente protegidos. Foram concebidos finalmente, como sujeitos de direitos [...].¹⁰⁶

Também, a ênfase em aspectos morais encontrou abrigo na Constituição, o que, segundo Carlos Alberto BITTAR, citado por Humberto Theodoro JUNIOR, demonstra que a Carta Republicana

[...] sacramenta, para a regência das relações privadas, noções éticas, sociais, políticas e econômicas que as sociedades modernas têm firmado nos países de inspiração romano-cristã mais desenvolvidas, como, dentre outros, a França, a Itália, a Alemanha, a Espanha e Portugal.¹⁰⁷

Nesse mesmo sentido, Gustavo TEPEDINO alerta para o fato de que com as noções de valores existenciais introduzidas pela Constituição, especialmente em razão da eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, se consegue despatrimonializar os institutos de direito civil:

Na ordem pré-constitucional, o direito civil ocupava-se essencialmente com as relações patrimoniais – do proprietário, do contratante, do marido, do testador. No sistema atual, ao revés, o constituinte, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e subordinar as relações jurídicas patrimoniais a valores existenciais, consegue assim despatrimonializá-las: os institutos do direito civil têm proteção condicionada

¹⁰⁵ TEPDINO, G. *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional*, p.449.

¹⁰⁶ PAULA, P. A. G. de. Ob. cit., p.20.

¹⁰⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.187.

ao atendimento de sua função social, cujo conteúdo é definido fora da órbita patrimonial.¹⁰⁸

Especialmente no âmbito da filiação como se pôde perceber, a Constituição operou mudanças profundas. Um aspecto que merece ser ressaltado, dentre os valores existenciais acima referidos, é o valor jurídico do afeto, que muitas vezes tem sido sobreposto aos laços de sangue.

Nesse sentido têm se posicionado a jurisprudência, como exemplo a Apelação Cível nº 70001790039, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgada em 02/05/2001 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual se optou por manter a adotanda com os adotantes, os quais possuíam a sua guarda fática a aproximadamente quatro anos, após ter sido a infante entregue aos cuidados dos adotantes pela genitora, primando-se pela paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Veja-se:

Apelação. Adoção. Estando a criança no convívio do casal-adotante há aproximadamente 04 anos, já tendo com eles desenvolvido vínculo, afetivos e sociais, é inconcebível retirá-la da guarda daqueles que reconhece como pais, mormente, quando a mãe biológica demonstrou interesse em dá-la em adoção, depois arrependendo-se, evidenciado que o **vínculo afetivo** da menor, a esta altura da vida, se encontra bem definido na pessoa dos apelados, deve-se prestigiar, como reiteradamente temos decidido neste Colegiado, a paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica, sempre que, no conflito entre ambas, assim apontar o **superior interesse na criança**. Negaram provimento.(grifou-se)

Com isso percebe-se que a verdade afetiva, em razão da nova ordem de valores trazida com a Constituição, pode prevalecer sobre a verdade biológica, no intuito de atender ao interesse da criança ou do adolescente.

3.2. A constitucionalização do direito civil e o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Impera a supremacia constitucional perante o ordenamento jurídico, informando-o por meio de suas regras e princípios. Entretanto, por muito tempo, no âmbito das relações privadas, isso não ocorreu, percebendo-se haver certa resistência, até hoje, na releitura do direito civil à luz da Constituição.

O Código Civil de 1916, inspirado no Código de Napoleão, foi marcado pelo voluntarismo e individualismo e a intenção primordial era extinguir com os resquícios

¹⁰⁸ GUSTAVO, T. *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional*, p.449.

feudais, primando-se pela liberdade de circulação de riquezas e máxima proteção ao patrimônio, tanto em relação a outros indivíduos quanto ao Estado. Maria Celina B. M. TEPEDINO esclarece que

O direito civil, foi identificado a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrado-se como o reino da liberdade individual.¹⁰⁹

Assim, a idéia de que o Código Civil consistia na Constituição do Direito Privado era corrente, e acertada, já que ele monopolizava as relações privadas e garantia a estabilidade das relações econômicas com suas regras que visavam a imutabilidade e completude.

Ao Estado cabia apenas a manutenção da paz entre os indivíduos para que os mesmos atuassem de maneira livre, em razão do liberalismo presente na época, o qual propugnava a separação entre o Estado e a sociedade civil.¹¹⁰

Na segunda metade do século XIX na Europa e, conseqüentemente, a partir da década de 20 no Brasil, a necessidade de intervenção do Estado na economia tornou-se imprescindível, de acordo com Gustavo TEPEDINO:

Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil Europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia.¹¹¹

Também mudanças internas, na própria estrutura do direito civil, concorreram com a publicização do direito privado para que as mudanças no âmbito do direito civil ocorressem. A partir de então três fases ocorrem no direito civil, as quais serão sucintamente relatadas.¹¹²

A primeira delas surge em razão das mudanças supracitadas, já que o Estado passou a intervir por meio de leis extracodificadas. Essas leis foram chamadas de emergenciais ou extravagantes, por terem surgido após o Código de 1916, e, na tentativa de se adequar o Direito à nova ordem social que se impunha, um nova ordem liberal, com o surgimento de novas classes econômicas.

¹⁰⁹ TEPEDINO, Maria Celina B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil. Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: RT, v. 65, 1993, p.22.

¹¹⁰ TEPEDINO, Maria C. B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*, p.22.

¹¹¹ TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p.4.

¹¹² TEPEDINO, Maria C. B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*, p.23

Contrariavam, por vezes, os princípios do Código, e, com uma dupla função, além de adequar o direito civil às novas demandas da sociedade, mantinham o papel de Constituição ao Código, já que representavam uma exceção à ordem por ele propugnada. Acerca dessa primeira fase, que pode ser denominada de fase da excepcionalidade, Gustavo TEPEDINO esclarece que

Delineia-se assim o cenário dessa primeira fase intervencionista do Estado, que tem início logo após a promulgação do Código Civil de 1916, sem que fosse alterada substancialmente a sua centralidade e exclusividade na disciplina das relações de direito privado.¹¹³

Ocorre que, situações decorrentes da nova realidade econômica, que não eram tratadas pelo Código, também acabaram surgindo, e assim, demandaram a regulamentação por meio de leis, surgindo então a segunda fase. Nessa nova fase, a fase da especialização, as leis não mantiveram seu caráter emergencial e extravagante, já que tratavam de maneira abrangente e integral justamente os lapsos das matérias do Código. Sobre essa segunda fase Gustavo TEPEDINO ensina que:

A disciplina codificada deixa de representar o direito exclusivo, tornando-se o direito comum, aplicável aos negócios jurídicos em geral. Ao seu lado situava-se a legislação extravagante que, por ser destinada a regular novos institutos, surgidos com a evolução econômica, apresentava a característica de especialização, formando, por isso mesmo, um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil.¹¹⁴

Essas leis especiais representavam a intervenção assistencialista que passou a exercer o Estado em razão da política legislativa do *Welfare State*, a partir da década de 30, encontrando abrigo nas Constituições posteriores. Gustavo TEPEDINO elucida:

A partir do processo de industrialização que tem curso na primeira metade d século XX, das doutrinas reivindicacionistas e dos movimentos sociais instigados pelas dificuldades econômicas, que realimentavam a intervenção do legislador, verifica-se a introdução, nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. Assumem as Constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens.¹¹⁵

¹¹³ TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p.5.

¹¹⁴ TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p.6.

¹¹⁵ TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p. 6.

Há uma verdadeira “crise” no Direito Civil, já que suas estruturas são totalmente abaladas. As leis especiais, ora referidas, permitem que o poder público passe a buscar metas e interfira na vida privada. A estabilidade das normas e a segurança, propugnadas pelo sistema do Código, são alteradas pela necessidade de intervenção do Estado, retirando do Código o papel de Constituição do Direito Privado.

Como já afirmado, não foi apenas o intervencionismo estatal o fator determinante das transformações no direito privado, no próprio direito civil, as transformações ocorreram, como a alteração da noção de direito subjetivo que passa “*de senhoria (poder) da vontade a interesse juridicamente protegido*” e também as “*formulações dogmáticas nas quais resulta intuitiva a sua absorção pelo direito objetivo*”¹¹⁶.

O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil podem, então, ser encarados como elemento interagente – ao invés de razão primordial – das profundas mudanças ocorridas no direito privado.¹¹⁷

Com a Constituição Federal de 1988 as legislações extravagantes ganham novo impulso e passam a regular matérias inteiras, introduzindo no seu corpo regras processuais, tipos penais, normas de direito administrativo e também, princípios interpretativos. Essa terceira fase ficou conhecida como a fase dos Estatutos, inserindo-se aqui o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre essa fase, Gustavo TEPEDINO:

[...] a Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente matérias inteiras extraídas da incidência do Código Civil. O Estatuto da criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, A Lei de Locações, na mesma esteira de outras leis anteriores à Constituição, como o Estatuto da Terra, todos esses universos legislativos apresentam-se radicalmente diversos das legislações excepcional e especial de outrora.¹¹⁸

A Constituição exerceu o papel de fonte inspiradora desses corpos legislativos que surgiram após o seu advento.¹¹⁹ Isso porque com a Constituição

¹¹⁶ TEPEDINO, Maria C. B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*, p.23.

¹¹⁷ TEPEDINO, Maria. C. B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*, p.23.

¹¹⁸ TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p.8.

¹¹⁹ TEIXEIRA, A. C. B. Ob. cit., p.19.

brasileira de 1988, à exemplo de outras que surgiram na mesma época, surge a intenção de transformação da sociedade, pelo seu caráter promocional, e não mais apenas retratar uma sociedade, como pretendia a codificação civil.¹²⁰

Acerca das características que possuem esses estatutos Gustavo TEPEDINO¹²¹ elenca cinco.

A primeira seria a alteração ocorrida em relação à técnica legislativa, já que os estatutos traçam objetivos concretos, indo além de garantias. Também, a presença de cláusulas gerais, que, segundo o autor, “*equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusulas de intenção*”¹²², em contraposição à tipificação taxativa de outrora.

A segunda mudança poderia ser percebida na linguagem utilizada pelo legislador, que de jurídica passou a ser setorial.

A terceira se refere aos objetivos das normas que agora além de repressivas em relação aos atos ilícitos, têm a preocupação com finalidades específicas, por meio de leis de incentivo, que oferecem vantagens individuais caso o seu destinatário promova atividades ou comportamentos previstos pela norma.

A quarta característica consiste no fato de que o legislador desses estatutos não é limitado a disciplinar relações patrimoniais. O primado da pessoa em razão da realização da personalidade e da tutela da dignidade da pessoa humana, por conta da Constituição, inspiram o legislador ordinário no sentido de estabelecer normas que valorizem as relações existenciais.

Por fim, a última característica seria o caráter contratual dos estatutos, na medida em que, ao contrário do legislador do código civil, que legislava para um cidadão comum, o legislador estatutário sofre a pressão de grupos da sociedade, representativos de setores interessados na elaboração das leis, surgindo a necessidade de negociação por parte do legislador com esses grupos.

Em razão de o Código Civil ter perdido o seu caráter de Constituição do Direito Privado, e, ao mesmo tempo, a existência de várias leis e estatutos ao lado do mesmo, esvaziando a idéia de “monossistema”, deram ensejo à denominação de “microsistemas” aos estatutos, por parte da doutrina, o que merece ressalva e

¹²⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto alegre: Livraria do advogado Ed., 2006, p.25.

¹²¹ TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p.8-10.

¹²² TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p.19.

cuidado, alerta que tanto Ana Carolina Brochado TEIXEIRA¹²³ quanto Gustavo TEPEDINO¹²⁴ entendem ser necessário.

Para parte da doutrina é certo que a fase da excepcionalidade e da especialidade constituíam um monossistema, já que, mesmo evoluindo para a perda do seu caráter de hegemônico no direito privado, o Código ainda era o centro, em torno do qual leis especiais e excepcionais gravitavam. Para essa parte da doutrina, com os Estatutos, surgem microssistemas, em razão das características já apontadas acima, o que tornaria o direito civil fragmentado.¹²⁵

Não se pode perder de vista que o ordenamento jurídico é um sistema unitário e harmônico em razão da Constituição, e não do Código Civil, a leitura do direito civil (e qualquer lei, Código, Estatuto, enfim, tudo que integra o ordenamento jurídico) deve ser feita a partir da Constituição, já que é a Constituição norma hierarquicamente superior e que funda todo sistema, com suas normas e princípios, garantido-lhe coerência e unidade, unificando o sistema. Para Maria Celina B. M. TEPEDINO:

A unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial (rectius, lógica) da estrutura e da função do sistema jurídico. Ela decorre da existência (pressuposta) da norma fundamental (grundnorm), fator determinante de toda a ordem jurídica, e abrange a intolerabilidade de antinomias entre as múltiplas proposições normativas (constituindo-se, assim, em um sistema).¹²⁶

Ao tratar do posicionamento dos microssistemas na ordem jurídica contemporânea e do papel da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro, Ana Carolina Brochado TEIXEIRA sustenta que

A primazia da Constituição Federal é indiscutível. Na Teoria das Fontes normativas, ela ocupa o vértice piramidal do ordenamento jurídico, funcionando, também, como elo unificador do sistema e fonte legitimadora de todos os demais veículos normativos.¹²⁷

Por isso, segundo a autora, a melhor denominação para os chamados microssistemas seria subsistemas.

¹²³ TEIXEIRA, A. C. B. Ob. cit., p.19.

¹²⁴ TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p.11-12.

¹²⁵ EPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p.11-12.

¹²⁶ TEPEDINO, Maria C. B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*, p.24.

¹²⁷ TEIXEIRA, A. C. B. Ob. cit., p.18.

Assim, em razão da Constituição é impossível conceber a idéia de fragmentação e de vários microssistemas, tendo em vista a unicidade assegurada, como já afirmado, pela Constituição.

A idéia de microssistema é combatida por Gustavo TEPEDINO, que se refere da seguinte maneira a esse posicionamento:

[...] não parece possível ser admitido diante da realidade constitucional, tendo em conta o cuidado do constituinte em definir princípios e valores bastante específicos no que concerne às relações de direito civil... De modo que, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.¹²⁸

No mesmo sentido aponta Maria Celina TEPEDINO, pois, de acordo com a autora, as normas da Constituição são a justificativa direta de toda norma ordinária, com o importante papel de unificadora e informadora do sistema, sendo que

[...]negar tal atitude hermenêutica significa admitir um ordenamento assistemático, inorgânico, fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a tecido axiológico próprio, desprovido da unidade normativa, traduzindo-se em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional.¹²⁹

Sobre o assunto, Pietro PERLINGIERI ensina que:

Falar de descodificação relativamente ao Código Vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com a ausência de um desenho global.¹³⁰

Com base no que foi exposto, tem-se que a constitucionalização do direito civil, pode ser vista, contemporaneamente, sob dois aspectos. O primeiro é o fato de que matérias que antes pertenciam apenas à codificação civil passaram a ser reguladas pela Constituição, um exemplo é o tratamento constitucional dispensado à família (incluindo os filhos) e aos infanto-adolescentes. O segundo aspecto consiste na atividade interpretativa do direito, a ser feita conforme a Constituição. Dessa forma, a elevação de certos institutos à categoria constitucional, por meio de regras

¹²⁸ TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p. 13.

¹²⁹ TEPEDINO, Maria C. B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*, p.26.

¹³⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.6.

e princípios, atingem a matéria infraconstitucional, exigindo uma interpretação consoante a Constituição.¹³¹

Segundo Gustavo TEPEDINO, a constitucionalização do direito civil:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda mais uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.¹³²

Ademais, a constitucionalização do Direito Civil depende de que certos preconceitos, que serão abaixo mencionados, sejam abandonados. Gustavo TEPEDINO¹³³ ensina que não se pode pensar os princípios constitucionais como meros princípios políticos, de uma Carta política, repleta de intenções e programas de ação a serem cumpridos a longo prazo, isso porque, como afirma Maria Celina B. M. TEPEDINO:

A relação entre a norma fundamental e a Constituição [...] possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas objetivamente válidas, e, concomitantemente, coloca-o como a instância a que foi dada legitimidade para 'revalidar' a ordem jurídica.¹³⁴

Além disso, os princípios constitucionais não podem ser vistos como princípios gerais de direito, já que em razão do art. 4º da LICC¹³⁵, esse entendimento relegaria a Constituição ao último plano no processo interpretativo do direito civil.¹³⁶

Ainda, não se pode pretender que a regulamentação do direito civil seja casuística, já que as cláusulas gerais são soberanas, em razão da dificuldade, dinamicidade e velocidade com que as transformações ocorrem na sociedade.

Por fim, a interpenetração entre o direito público e o privado, como já foi visto, é uma realidade, que não pode ser afastada. A natureza híbrida de certos temas e institutos passou a ser característica típica da sociedade, na qual os espaços públicos e privados são redefinidos, em razão da modificação da relação

¹³¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Ob. cit., p.38-40.

¹³² TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p.22.

¹³³ TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p.18.

¹³⁴ TEPEDINO, Maria C. B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*, p.24.

¹³⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 set. 1990. *Novo código civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. São Paulo: RT, 2003.

¹³⁶ TEPEDINO, G. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, p.18.

entre o Estado e o cidadão. Nesse sentido Maria Celina TEPEDINO elucida que o *“direito privado deixou e ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão.”*¹³⁷

Na prática, quando se está diante de casos concretos que envolvem os direitos da criança e do adolescente, aumenta a importância de que os institutos do direito sejam “revisitados” a partir da Constituição, o que pode simplificar o processo e garantir o atendimento ao melhor interesse dos mesmos. Nesse sentido caminha a jurisprudência, sendo que a Constituição Federal tem sido norte e fundamento para as decisões.

Como exemplo, a Apelação Cível nº 70008140303, rel. Des. Maria Berenice Dias, julgada em 14/04/2004 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual se tomou como fundamento o princípio do melhor interesse da criança:

ECA. GUARDA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Nas ações relativas aos direitos de crianças, devem ser considerados, primordialmente, os interesses dos infantes. Os princípios da moralidade e impessoalidade devem, pois, ceder ao **princípio da prioridade absoluta à infância**, insculpido no **art. 227 da Constituição Federal**. Apelo provido. (Grifou-se)

É nessa perspectiva, de se reler o direito civil à luz da Constituição, que o tema da adoção será abordado.

¹³⁷ TEPEDINO, Maria C. B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*, p.26.

4. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

4.1. Origens

A busca incessante pela proteção à infância e juventude deve ter dois fundamentos, a criança e o adolescente como sujeitos de direitos universalmente reconhecidos e o princípio do melhor interesse. Os infanto-adolescentes são merecedores de proteção especial e prioritária, pela sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento. Sendo assim, o referido princípio possui extrema relevância na adoção.

A origem deste princípio remonta ao instituto do *parens patrie* da Inglaterra, que consistia em uma prerrogativa do Rei e da Coroa para que pudesse proteger os incapazes e suas propriedades. Posteriormente, a partir do século XIV, esta prerrogativa foi entregue ao Chanceler.¹³⁸

As Cortes de Chancelaria protegiam não só as crianças, mas também todos aqueles que eram considerados incapazes. Essas Cortes, no século XVIII, operaram a distinção entre as atribuições do *parens patrie* de proteção à infância e dos loucos.¹³⁹

Historicamente tem-se notícia da preocupação com o interesse da criança no caso *Finlay v. Finlay*, no qual o Juiz alertou que no exercício do *parens patrie* o bem-estar da criança deveria estar acima dos interesses dos pais.¹⁴⁰

São, porém, considerados pelo direito costumeiro inglês como precedentes da primazia do interesse da criança os casos *Rex v. Delaval* e *Blissetts*, julgados pelo Juiz Lord Mansfield em 1763.¹⁴¹

Nos Estados Unidos o *best interest* tem a mesma origem inglesa do *parens patrie*. A incorporação do princípio do *best interest* nos Estados Unidos ocorreu em 1813 com o caso *Commonwealth v. Addicks*, na Corte da Pensilvânia. Nessa ocasião, em relação a guarda de uma criança, optou-se por deferi-la à mãe, independentemente da conduta de adultério, que não influenciava nos cuidados que tinha com a criança. Em função desse caso instaurou-se a *Tender Years Doctrine*,

¹³⁸ PEREIRA, T. da S. *O melhor interesse da criança*, p.1.

¹³⁹ MESSIAS, Patrícia Mello. *O princípio do melhor interesse da criança*. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas. Maceió: Nossa Livraria, v.2, p.297-319, 2006, p.300.

¹⁴⁰ PEREIRA, T. da S. *O melhor interesse da criança*, p.2.

¹⁴¹ MESSIAS, P. M. Ob. cit., p.300.

segundo a qual haveria uma “*presunção de preferência materna*” nos casos de criança de tenra idade, pois se supunha que em razão da pouca idade necessitasse dos cuidados da mãe, exceto quando se comprovasse o despreparo desta.¹⁴²

Posteriormente, a *Tender Years Doctrine* foi substituída pela teoria *tie breaker*, segundo a qual “*todos os fatores são igualmente considerados e que, portanto, deve prevalecer uma aplicação neutra do melhor interesse da criança.*”¹⁴³

4.2. O princípio do melhor interesse da criança no Direito Brasileiro

Como já foi visto, foi com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 que no âmbito do direito internacional se mencionou pela primeira vez o “melhor interesse da criança.” O princípio em comento passou a integrar o sistema jurídico brasileiro como lei interna, com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em razão do art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, segundo Tânia da Silva PEREIRA.

A Constituição Federal em seu art. 227, ao assegurar que os direitos fundamentais da criança e do adolescente devem ter absoluta prioridade, eleva o princípio à hierarquia constitucional. Por sua vez, o art. 4º do ECA repete e reafirma o art. 227, consagrando, assim, ambos os diplomas legais, a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança.

4.3. Princípio do melhor interesse da criança e suas funções: discricionariedade ilimitada?

O retorno aos valores é característica atual do constitucionalismo e o Direito os elege conforme o momento e o lugar da sociedade.¹⁴⁴ Nesse contexto avulta a importância do papel dos princípios, já que estes representam uma síntese dos valores de uma sociedade, acolhidos pelo ordenamento jurídico.

Os princípios não possuem dimensão puramente axiológica, pois adquiriram, com o evoluir do constitucionalismo, o status de norma jurídica. As normas podem ser, então, princípios e regras. Por isso é que se pode entender a Constituição como

¹⁴² PEREIRA, T. da S. *O melhor interesse da criança*, p.3.

¹⁴³ PEREIRA, T. da S. *O melhor interesse da criança*, p.3.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 225, jul./set., 2001, p.24.

um sistema aberto de regras e princípios voltados à realização da justiça e dos direitos fundamentais.¹⁴⁵

Possuem um maior teor de abstração que as regras, além de uma elevada carga valorativa, pois representam fundamentos éticos, decisões políticas importantes e determinam a direção a ser seguida no sistema.¹⁴⁶

São funções que os princípios desempenham no sistema jurídico: condensar valores, oferecer unidade ao sistema e condicionar a atividade interpretativa. Condensam valores porque, como foi visto, refletem os fins de uma sociedade. Oferecem unidade ao sistema na medida em que integram as suas partes, suprem as suas omissões e amenizam tensões. Por fim, guiam e limitam a atividade do interprete na solução dos casos concretos.¹⁴⁷

Partindo dessas premissas se buscará a compreensão do significado do princípio do melhor interesse.

Ressalte-se, desde já, que não há definição exata sobre o que venha a ser tal princípio. Isso porque é difícil a delimitação do que venha a ser o “melhor interesse”.

Conforme Tânia da Silva PEREIRA: “*Não existe uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o ‘melhor interesse’*”.¹⁴⁸ No mesmo sentido é o entendimento de Eduardo de Oliveira LEITE: “*toda tentativa de definição do interesse do menor é vã*”¹⁴⁹.

Entretanto, há parâmetros oferecidos tanto pela Constituição Federal, quanto pelo Estatuto, que podem auxiliar na determinação do que possa representar, num caso concreto, o “melhor interesse”. São eles os art. 227 da Constituição Federal e os arts. 4º, 5º e 6º do ECA.

O art. 4º do ECA assegura que os direitos da criança e do adolescente à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária devem ter absoluta prioridade, e, em seu parágrafo único, exemplifica situações em

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p.26.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p.26.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p.27.

¹⁴⁸ PEREIRA, T. da S. *O melhor interesse da criança*, p.4.

¹⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: RT, 2001, p.198.

que deve haver essa prevalência de direitos e garantias infanto-adolescentes, quais sejam:

“a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”.

Assim, num caso concreto, a prioridade desses direitos e garantias, que podem ser considerados “interesses” das crianças e adolescentes, deve se sobrepor a quaisquer outros.

Também nesse sentido o art. 227 e seus parágrafos, ao preceituar que os direitos da criança e do adolescente, que como já foi visto podem ser considerados fundamentais, devem ter absoluta prioridade.

São direitos fundamentais da criança e do adolescente, conforme a Constituição Federal: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, também, a proteção dos mesmos de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esses direitos devem ser utilizados como parâmetro quando em um caso concreto estiverem em jogo, e também devem ser priorizados, na medida em que representam os “interesses” dos infanto-adolescentes.

Na mesma direção também, o parágrafo 1º do mesmo artigo da Constituição Federal oferece elementos indicadores dos interesses das crianças e adolescentes que devem ser assegurados:

Constituição Federal. Art. 227§ 1º: “O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.”

O art. 5º do ECA arrola situações que vão de encontro ao interesse dos infanto-adolescentes:

Art. 5º: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão,

punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Tânia da Silva PEREIRA observa que o art. 5º deve ser interpretado da maneira mais ampla possível *“sem qualquer elemento discriminatório, a exemplo do sexo, idioma, cor, religião, origem de nacionalidade ou social, condições de fortuna, etc.”*¹⁵⁰

Por sua vez art. 6º¹⁵¹ do Estatuto tem também importante papel na compreensão do interesse da criança, tendo-se em vista que destaca tanto os destinatários da lei, crianças e adolescentes com características e prioridades que lhes são próprias, quanto a necessidade de que seus direitos fundamentais sejam respeitados. Esse artigo repete a regra do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, propondo o método teleológico, fim a que a lei se destina, para a interpretação. No caso, a finalidade precípua tanto da Constituição, quanto do ECA, é a proteção dos infante-adolescentes, devendo então este ser o norte de interpretação.

Vistos então alguns artigos que auxiliam o entendimento acerca do que representam os interesse dos infante-adolescentes, resta a verificação das funções do referido princípio.

Como foi visto, são papéis dos princípios no sistema jurídico: condensar valores, oferecer unidade ao sistema e condicionar a atividade interpretativa. Quanto às duas primeiras funções desempenhadas pelo princípio do melhor interesse não há maiores dificuldades. O princípio em comento condensa toda a racionalidade protetiva que foi construída com a Doutrina da proteção integral, oferecendo ao sistema unidade e harmonia. Quanto à terceira e última função é que surge a necessidade de algumas considerações.

Quando da aplicação do referido princípio, suscitam dúvidas quanto a discricionariedade que ele pode ensejar na atividade interpretativa. A preocupação é justificável, na medida em que, diante da complexidade dos casos concretos o juiz decidirá, com base em elementos objetivos, e também subjetivos, o que representa ou não o “melhor interesse” para a criança ou o adolescente.¹⁵² Nesse sentido, Eduardo de Oliveira LEITE:

¹⁵⁰ PEREIRA, T. da S. *O melhor interesse da criança*, p.15.

¹⁵¹ Art. 6º: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

¹⁵² LEITE, E. de O. *Famílias monoparentais*, p.198.

O **arbitrio do juiz** é, sem dúvida, o elemento inicial de caracterização da **subjetividade da noção**, o que levou a Carbonier a encarar tal arbitrio com as devidas reservas: 'o interesse sendo multiforme e alguma de suas formas impalpáveis (o interesse moral, o interesse futuro, o interesse familiar, onde se mistura o interesse moral e futuro), **cada pessoa, com muita boa-fé, pode tirar daí as concepções mais diversas** e a noção é, finalmente, demais vaga para fornecer um princípio objetivo de solução.' ¹⁵³ (Grifou-se)

Contudo, não se pode esquecer que o princípio do melhor interesse da criança, assegurado pela Constituição, representa um avanço no Direito, especialmente no âmbito familiar, tanto porque, ao lado das cláusulas gerais, representam um espaço na legislação infraconstitucional, que permite uma interpretação conforme a Constituição, na busca pela satisfação dos direitos fundamentais no caso concreto; quanto pelo fato de que resta impossibilitada a previsão legal da diversidade de situações fáticas que surgem, e, que não podem estar sujeitas a modelos fechados, que certamente não conseguirão dar conta da realidade.

Além disso, não há uma discricionariedade **ilimitada** do juiz. Esse argumento era possível quando se tratava do antigo Código de Menores de 1979, momento em que, como já foi visto, sob o manto do "interesse do menor" admitiam-se interpretações arbitrárias, não fundamentadas, e, inclusive contrárias à lei, o que era fruto de todo um sistema que não reconhecia os infanto-adolescentes como sujeitos de direitos.

Contrariamente ao Código de Menores e com o advento da Constituição, os princípios informadores do sistema corroboram toda uma ordem de valores eleitos pela sociedade, e, no caso do princípio em comento, limita-se pela racionalidade protetiva aos infanto-adolescentes. Tânia da Silva PEREIRA também alerta para o fato de que "... **com base em uma interpretação sistemática e nas normas constitucionais e legais**, deverão os operadores do direito tratar com atenção os conflitos que envolvem crianças, adolescentes, suas famílias." ¹⁵⁴ (Grifou-se)

Veja-se a Exceção de Suspeição Nº 70011860244, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Sétima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 10/08/2005, em que se reconhece a necessidade de discricionariedade, para que se possa atender, no caso concreto, ao melhor interesse da criança:

¹⁵³ LEITE, E. de O. *Famílias monoparentais*, p.197.

¹⁵⁴ PEREIRA, T. da S. *O melhor interesse da criança*, p.31.

A jurisdição da infância e juventude impõe uma efetiva parcialidade em favor dos superiores interesse da criança, que se sobrepõe ao das partes. Não exorbita a atuação jurisdicional o despacho que busca obter informações sobre a origem biológica da infante, na estrita preservação dos seus interesses. (Grifou-se)

Tem-se, portanto, que o princípio do melhor interesse não é ilimitado, muito pelo contrário, está condicionado aos documentos internacionais, às normas constitucionais e infraconstitucionais que espelham a Doutrina da proteção integral.

Assim, no caso concreto, o juiz deve sempre ter como norte o interesse da criança, e sobrepô-lo, sempre, aos interesses de quem quer que seja. Vale observar, nesse aspecto, a importância que assumem as equipes interprofissionais (art. 150, ECA) auxiliando o juiz a encontrar o que, no caso concreto, representará o melhor interesse para uma criança ou um adolescente.

Na adoção muitos são os casos em que impera o princípio do melhor interesse da criança como norte da busca pela melhor interpretação.

Nesse sentido tem se posicionado a jurisprudência, vejamos alguns julgados dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul:

ADOÇÃO - Mãe biológica que deliberadamente entregou seu filho à adoção - Criança que não conheceu outros pais que não os da família guardiã e está perfeitamente integrada - Arrependimento posterior ineficaz - **Prevalência do interesse e bem-estar da criança**, especialmente quando a mãe biológica comprovadamente não apresenta condições de criar e educar adequadamente o menor - Adoção deferida - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 45.976-0 - São José do Rio Preto - Câmara Especial - Relator: Yussef Cahali – Julgado em 07.10.99). (Grifou-se).

ECA. ADOÇÃO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Nada justifica a modificação da situação consolidada da criança, que há quase dois anos convive com a adotante, a reconhece como mãe e dela recebe todo o necessário ao seu adequado desenvolvimento. Entendimento diverso feriria o **princípio do melhor interesse da criança**. Apelo conhecido e provido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70019811249, sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/07/2007). (Grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOTANTES. POSSIBILIDADE. Em situações excepcionálissimas, como a do presente caso, é possível a não observância da ordem da lista de adotantes, a fim de **resguardar o interesse do menor**, concedendo-se a guarda provisória aos apelantes. Recurso provido, por maioria. (Apelação Cível Nº 70013344155, sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 22/03/2006) (Grifou-se).

Por tudo o que foi exposto, observa-se que o estudo do princípio do melhor interesse da criança passa pela questão da hermenêutica dos direitos fundamentais.

O princípio do melhor interesse deve conduzir a uma interpretação no sentido de satisfação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Propugna-se atualmente, por uma hermenêutica tópico-sistemática dos direitos fundamentais. Isso significa que, na busca pela solução dos casos concretos, deva-se eleger para uma situação específica, a melhor solução através da hierarquização axiológica, tendo em vista a satisfação dos direitos fundamentais¹⁵⁵, o que em relação à adoção revela-se essencial.

Dessa forma, poderia-se fazer uma “correção hermenêutica” do sistema da codificação civil¹⁵⁶ (e de qualquer lei que se mostrasse incompatível com a Constituição), por meio de uma interpretação que, em vez de pautar-se na racionalidade própria desse sistema patrimonialista e abstracionista, tome como base a ordem principiológica constitucional, concretizando os direitos fundamentais.¹⁵⁷

¹⁵⁵ FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E. P. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, p.102-103.

¹⁵⁶ Sobre os problemas da disciplina da adoção no Código Civil, ver capítulo 5, item 5.3.

¹⁵⁷ FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E. P. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, p.102-103.

5. A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

5.1. Noções introdutórias

A filiação institui a relação paterno-filial e estabelece parentesco em primeiro grau na linha reta. O Código Civil Brasileiro¹⁵⁸ (CCB) em seu art. 1593¹⁵⁹ dispõe que o parentesco pode ter duas origens: natural ou civil. O parentesco natural é aquele que se origina da consangüinidade, do laço biológico. O parentesco civil é o que resulta de outra origem que não a consangüinidade, enquadrando-se aqui a adoção.

Assim, pode-se dizer que a adoção, cria o parentesco civil, por instituir a relação paterno-filial, fundada não nos laços biológicos, mas no vínculo afetivo. De acordo com Luiz Edson FACHIN

[...] a adoção funda liame socioafetivo profundo e revela o sentido maior das relações familiares parentais. Sob a angulação jurídica mais estrita, a adoção estabelece a relação de ascendência e descendência independente da consangüinidade. Instaura, assim, o denominado parentesco civil.¹⁶⁰

Paulo Luiz Netto LÔBO, traz importante lição acerca da filiação, ressaltando o caráter afetivo que deve envolver a filiação, não importando a sua origem:

A filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais, no cotidiano de suas vidas.¹⁶¹

Sobre a natureza jurídica da adoção, Eunice Ferreira Granato¹⁶² e Tânia da Silva Pereira¹⁶³ ensinam que as diversas conceituações se resumem a três correntes principais: a adoção como contrato, natureza bilateral; como ato solene ou filiação criada pela lei; e, por fim, como instituição ou instituto de ordem pública.

¹⁵⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. *Novo código civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. São Paulo: RT, 2003.

¹⁵⁹ Conforme o Art. 1.593 do Código Civil: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

¹⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. v. XVIII – Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.150.

¹⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito patrimonial. v. XVI - Arts. 1591 a 1693. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, p.144.

¹⁶² GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p.26-29.

¹⁶³ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.255-256.

A idéia de adoção como contrato era característica do Código de 1916, pois a manifestação de vontade do adotando e do adotante e a solenidade eram requisitos essenciais para a formação do vínculo.

Com o advento do Código Civil essa corrente não se sustenta, pois a nova codificação civil exige a participação do Poder Público e de sentença constitutiva também no caso da adoção de maiores de 18 anos.

Os institucionalistas entendem a adoção como instituto de ordem pública: “[...] de profundo interesse do Estado, que teve origem na própria realidade social; não foi criada pela lei e sim, regulamentada pelo direito positivo, em função da realidade existente.”¹⁶⁴ Filia-se a essa corrente Carlos Alberto BITTAR: “Constitui a adoção instituto marcado por forte sentido humanitário, a que o direito em presta força vinculante, a ponto de instituir o parentesco civil [...]”¹⁶⁵

Por fim, há os que concebem a adoção como ato solene, filiação criada pela lei, em que o consentimento do adotando ou de seu representante legal é exigido.

Atualmente, em razão da evolução pela qual a adoção passou, não há como enquadrá-la nessas categorias estanques, por isso, entende-se a natureza jurídica da adoção como uma figura híbrida, que une o caráter contratual com o de instituição (publicista), pois os direitos e a vontade são limitados pela ordem pública.

Para Eunice Ferreira Rodrigues GRANATO: “[...] há um primeiro momento, de caráter contratual, e, depois, com o processo judicial, surge o aspecto publicista da adoção, sem o qual é impossível cogitar da constituição do vínculo”¹⁶⁶.

No mesmo sentido, Tânia da Silva PEREIRA:

[...] a sua natureza jurídica, como sendo um ato complexo, misto de consensual na sua origem e solene no seu aspecto formal. Consensual, porque se origina da vontade do adotante e é requisito de sua validade o consentimento dos pais ou responsável; solene, porque não se perfaz sem a participação do Estado através do provimento judicial.¹⁶⁷

É também o entendimento de Marco Aurelio S. VIANA, que entende a adoção como: “[...] ato complexo, que se desenvolve em duas etapas: a) a primeira

¹⁶⁴ GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p.27.

¹⁶⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p.236.

¹⁶⁶ GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p. 28

¹⁶⁷ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.256.

*desenha-se em uma emissão volitiva, que não é suficiente; b) na segunda, concretiza-se a pretensão, mediante uma sentença constitutiva.*¹⁶⁸

5.1.1. Breve relato histórico da adoção na legislação brasileira: Código Civil de 1916, Lei 3.133/57, Lei 4.655/65 e Lei 6.697/79

Anteriormente ao ECA, e, depois do Código Civil de 1916, três foram as leis que cuidaram da adoção, a Lei 3.133 de 1957¹⁶⁹, a Lei 4.655 de 1965¹⁷⁰ e a Lei 6.697 de 1979¹⁷¹, o Código de Menores.

Ressalte-se, que deverá ser entendido como adotante aquele que pretende adotar uma criança ou adolescente, e, adotando aquela criança ou adolescente que está em condições de ser adotado.

Foi com o Código Civil de 1916 que houve a sistematização da adoção no Brasil. Entretanto, vale observar, conforme bem ensina José Antônio Peres GEDIEL: “[...] o conteúdo original do Código Civil, em matéria de adoção, revela-se limitante, parcial, despidido de qualquer interesse pela integração do adotante à família que o acolhe.”¹⁷² O que se poderá depreender a partir dos requisitos e efeitos da adoção que serão aqui mencionados.

Em sua redação original, o Código estabelecia que apenas os maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, poderiam adotar.

A diferença de idade entre adotando e adotante exigida era de dezoito anos.

O Código Civil de 1916, primando pela família matrimonializada, admitia a adoção conjunta apenas aos cônjuges, pessoas casadas, sendo que ambos deveriam contar com 50 anos de idade e, além disso, exigia que tivessem decorrido 5 anos após o casamento.

O tutor e o curador poderiam adotar o pupilo ou curatelado se saldasse os débitos de sua administração. Veja-se que a preocupação com a proteção do patrimônio da criança e do adolescente estava presente, e, como se verá

¹⁶⁸ VIANA, M. A. S. Ob. cit., p.290.

¹⁶⁹ CAVALLIERI, Alyrio. Direito do Menor. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 329.

¹⁷⁰ CAVALLIERI, A. Direito do Menor, p. 327.

¹⁷¹ Disponível em: http://www.risolitaria.org.br/vivalei/outrasleis/cod_menor1979.jsp#_Toc61675092. Acesso em: 20/07/2007.

¹⁷² GEDIEL, José Antônio Peres. *A Adoção na Legislação Brasileira*. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1989, p.33.

posteriormente, embora essa regra permaneça no sistema atual da adoção, vem sendo mitigada em função do melhor interesse da criança.

A adoção era revogável, o menor ou interdito poderia dissolver o vínculo da adoção quando atingisse a maioridade ou cessasse a interdição, também, quando houvesse deserdação, ou, quando as duas partes concordassem.

O vínculo era constituído por escritura pública. O parentesco se limitava ao adotante e adotando, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais. Se o adotante possuísse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, o adotando não teria direitos sucessórios, e da mesma forma, o adotante só seria herdeiro se não houvesse pai natural. Assim, o adotando poderia ser herdeiro tanto do adotante, se este não possuísse filhos, quanto do pai natural. Isso porque os direitos e deveres oriundos do parentesco natural não eram extintos com a adoção, apenas o pátrio poder era transferido ao pai adotivo.

Posteriormente ao Código Civil de 1916, surgiu a Lei 3133 de 1957. Conforme elucida José Antônio Peres GEDIEL *“No âmbito legislativo, a adoção do Código Civil brasileiro mantém suas características inalteradas, mesmo com o advento da Lei 3133 de 8 maio de 1957[...]”*¹⁷³. A nova lei modificou apenas os artigos 368, 374 e 377 da codificação civil, alterando alguns de seus requisitos e efeitos.

A Lei 3133 reduziu a idade mínima exigida ao adotante para 30 anos. Além disso, foi autorizada a adoção por casais que contassem com mais de 5 anos de casamento. A diferença de idade entre adotante e adotando passou a ser de 16 anos.

Foi eliminada a exigência segundo a qual os adotantes não podiam ter filhos legítimos ou legitimados, porém, se o casal adotante tivesse filhos legítimos, legitimados, ou reconhecidos excluía-se os direitos sucessórios do adotado.

Excluiu-se a regra que proibia efeitos sucessórios ao adotado caso o filho do casal fosse concebido no momento da adoção.

Agora o adotado poderia acrescentar ao seu nome o nome do adotante, ou então retirar o nome de seus pais naturais e utilizar apenas o nome do adotante.

O consentimento do adotando maior de dezoito anos, e, do representante legal do menor, passou a ser exigido explicitamente.

¹⁷³ GEDIEL, J. A. P. Ob. cit. p. 35.

Era a chamada adoção simples ou restrita. De acordo com Liborni SIQUEIRA:

Com esta lei operou-se modificação profunda, eis que antes preponderava o interesse do adotante que desejava ter um filho e, agora, o objetivo-fim é a assistência ao adotado no sentido de melhorar a sua condição sócio-família.¹⁷⁴

A Lei 4.655/1965, denominada Lei da “Legitimação Adotiva”, não revogou a Lei 3.133 de 1957, e, criou ao lado da adoção simples a legitimação adotiva.

Segundo José A. Peres GEDIEL essa lei “*representa a primeira alteração significativa nessa matéria, desde 1916*”¹⁷⁵.

Conforme o autor, a Lei 4.655 apresenta uma contradição interna, porque “[...] ora se propõe a integrar, totalmente, o ‘legitimado’ à família do ‘legitimante’ e ora o discrimina, guardando alguns resquícios da visão do Código Civil, como é o caso da exigência de inexistência de filhos do casal legitimante (art. 2º da lei 4.655).”¹⁷⁶ Veja-se então seus requisitos e efeitos.

Na legitimação adotiva o adotando deveria contar com no máximo sete anos de idade, e, além disso, deveria preencher um desses requisitos: ser abandonado ou órfão, desde que não reclamado por parentes por mais de um ano; possuir pais destituídos do poder familiar; ter sido reconhecido só pela mãe, sendo esta incapaz de lhe prover o sustento.

Havia a possibilidade de legitimação adotiva de maior de sete anos caso este, quando completados os sete anos, já estivesse sob a guarda dos adotantes.

Era necessário que o menor ficasse sob a guarda dos adotantes por três anos para que a legitimação pudesse ser deferida.

A idade mínima de 30 anos exigida aos adotantes foi mantida, mas se o casamento já contasse com mais de 5 anos, esta idade poderia ser reduzida, se comprovadas a esterilidade e estabilidade conjugal. Havia a exigência de que o casal não possuísse filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos.

O viúvo ou a viúva, que possuíssem mais de trinta e cinco anos de idade, e, estivessem com o menor em seu lar por mais de 5 anos, poderiam pleitear a legitimação adotiva.

¹⁷⁴ SIQUEIRA, Liborni. *Adoção no tempo e no espaço*. Doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 19.

¹⁷⁵ GEDIEL, J. A. P. Ob. cit, p.39.

¹⁷⁶ GEDIEL, J. A. P. Ob. cit, p.60.

Cônjuges desquitados poderiam adotar, desde que a guarda tivesse sido conferida quando da constância da sociedade conjugal, e, se houvesse por parte de ambos concordância quanto à guarda, visitas e pensão.

Foi estabelecida a irrevogabilidade da legitimação adotiva, e, caso filhos legítimos fossem concebidos posteriormente à adoção, o filho adotivo não teria seus direitos e deveres alterados. Entretanto, isso não se estendia aos direitos sucessórios, já que se algum filho legítimo superveniente à adoção concorresse com o filho adotivo, este estaria excluído da sucessão.

Determinou-se que a relação de parentesco com a família de origem, depois da legitimação adotiva, estaria rompida, o que representou inovação em relação às leis anteriores. O vínculo de parentesco não se limitaria aos adotantes e adotandos, estendendo-se aos ascendentes se os mesmos concordassem.

A legitimação ocorria por decisão judicial com participação do Ministério Público. A sentença era irrevogável e averbada ao registro de nascimento, sendo que era proibido constar o nome dos pais biológicos. Tanto o nome quanto o prenome do adotando poderiam ser modificados, recebendo o adotando o nome da nova família.

O Código de Menores, Lei 6.697/1979, revogou a Lei 4.655/1965, mas não a adoção simples do Código Civil. Trouxe a adoção plena no lugar da legitimação adotiva. Assim, havia a adoção simples do Código Civil, e, a adoção simples e a adoção plena do Código de Menores, já que, como foi visto anteriormente, o Código de Menores destinava-se apenas aos menores em situação irregular. Conforme ensina José A. Peres GEDIEL:

[...] a Lei 6.697/79, que instituiu o Código de Menores, vai incorporar novos princípios, dando especial relevo para a presença do Estado na defesa de interesses do adotado, sobretudo porque as espécies de adoção por ele reguladas têm como requisito pessoal do adotando a sua condição de 'menor em situação irregular'.¹⁷⁷

A adoção simples, prevista anteriormente pelo Código Civil, em relação aos menores em situação irregular, foi então regulada pelo Código de Menores, e passou a depender de autorização judicial e de estágio de convivência, que poderia ser dispensado aos menores de um ano. A mudança de nome, na adoção simples, era possível, e deveria ser averbada no registro de nascimento.

¹⁷⁷ GEDIEL, J. A. P. Ob. cit, p.64.

Na adoção plena, que substituiu a legitimação adotiva, a novidade é que o vínculo da adoção não estava mais restrito entre adotando e adotantes, agora se estabelecia, com a adoção, relações de parentesco também entre a família do adotante e o adotando, e os laços com a família natural eram totalmente rompidos.

Poderiam ser adotados, através deste tipo de adoção, os menores de sete anos de idade, em situação irregular, e também os maiores de sete anos, desde que já estivessem sob a guarda dos adotantes.

Novo registro de nascimento era feito, sendo que além do nome, o prenome da criança também poderia ser alterado, cancelando-se o assento de nascimento anterior.

Manteve-se como requisito a idade mínima de 30 anos para um dos cônjuges. O prazo de 5 anos de casamento continuou podendo ser afastado se comprovadas a esterilidade e estabilidade da sociedade conjugal.

Foi reduzido para um ano o período do estágio de convivência para os casados, se viúvo ou viúva o período era de 3 anos, e desde que o estágio tivesse sido iniciado quando da constância do casamento.

Foram reconhecidos os direitos sucessórios ao adotandos e estabelecida a irrevogabilidade da adoção.

A adoção por estrangeiro tornou-se possível, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, na modalidade de adoção simples.

5.1.2. Contradição aparente de leis?

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), anteriormente ao Código Civil de 2002, trata da matéria referente à adoção de crianças e adolescentes. Ocorre que, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, ambas as leis disciplinam a mesma matéria, surgindo um conflito de leis, já que tanto o ECA, lei especial e anterior, quanto o Código Civil, lei geral e posterior, disciplinam a adoção.

Em que pese existam entendimentos contrários¹⁷⁸, ter-se-á como premissa a coexistência harmônica entre o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido da não revogação do ECA com o advento do CCB.

Com relação ao conflito de leis no tempo, algumas considerações merecem ser feitas.

A Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 2º, § 2º dispõe que: “*A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.*”¹⁷⁹

O Código não revogou expressamente a lei em comento. A revogação expressa ocorreu em seu art. 2045 referindo-se apenas ao Código Civil de 1916 e à Primeira Parte do Código Comercial, do que se depreende que as demais leis só poderiam ter sido revogadas tacitamente.

Sendo assim, resta saber se houve revogação tácita. A revogação tácita ocorre quando a nova lei regule totalmente a lei anterior, disciplinando de modo diverso a matéria, ou quando haja incompatibilidade entre elas.

O Código não regula, de maneira geral, de modo diverso a matéria de adoção, assim, restam as possibilidades de regras incompatíveis entre os dois textos legais.

Quando houver incompatibilidade entre as leis, a solução requer uma interpretação sistemática, não no sentido de comparação entre as regras, de maneira literal, mas uma interpretação que tenha como fio condutor os princípios unificadores do sistema, buscando assim manter a coerência deste.¹⁸⁰ Nesse sentido, avulta a importância dos princípios, e aqui, em especial, do princípio do melhor interesse da criança, na tarefa de harmonizar e tornar o todo coerente.

Além disso, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil preceitua que na aplicação da lei o juiz deve atender tanto aos fins sociais a que ela se destina quanto às exigências do bem comum. Por isso, a aplicação do Código por parte dos operadores do Direito deve atender a esse preceito, na busca de uma interpretação

¹⁷⁸ Para Jorge Franklin Alves FELIPE e Geraldo Magela ALVES, o ECA não continuou em vigor com o advento do novo Código, pois este teria englobado as regras daquele. (FELIPE, Jorge Franklin Alves. ALVES, Geraldo Magela. *O novo código civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 320).

¹⁷⁹ Os arts. 2035, 2039, 2045 e 2046, do Código Civil, também tratam da matéria.

¹⁸⁰ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 152.

teleológica dessa nova lei para que tanto o bem comum quanto a finalidade social sejam atendidos.

5.2. Atual regime jurídico da adoção no Brasil

A adoção é informada atualmente, por uma dualidade de regimes: a adoção de maiores de dezoito anos, regida pelo Código Civil Brasileiro e, a adoção de menores, regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme seu art. 39, e, supletivamente pelo Código Civil. É o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo: *“Por ser o Estatuto norma especial, prevalecerá sua incidência sobre a adoção de criança ou adolescente, aplicando-se supletivamente as normas do Código Civil.”*¹⁸¹

Acerca da legislação aplicável à adoção Luiz Edson FACHIN afirma que:

A nova racionalidade de proteção ao adotado trazida pelo ECA, na esteira da Constituição Federal, é preservada com o advento do Código Civil de 2002, que mantém vigente, em coordenação com as regras codificada, varias disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente concernentes à adoção. O fio condutor que se impõem na operacionalização da relação entre o ECA e o Código Civil é, necessariamente, o oferecido pela Constituição Federal.¹⁸²

Assim, a interpretação harmônica e sistemática entre o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente à luz da Constituição Federal parece ser adequada.

A Constituição, o ECA, e, posteriormente o CCB romperam com a idéia, presente no Código Civil de 1916¹⁸³, de que a adoção era um meio de satisfazer o desejo de pais de terem filhos, passando a ter como objetivo a inserção do adotando num ambiente familiar favorável ao seu desenvolvimento. De acordo com Luiz Edson FACHIN o escopo da adoção é

[...] oportunizar a inserção do adotado em um ambiente familiar, com sua plena integração, de modo a, em um espaço de coexistência familiar fundado no afeto, atender às suas necessidades de crescimento e desenvolvimento psíquico, educacional e afetivo.¹⁸⁴

A Constituição, ao definitivamente incorporar ao Direito brasileiro a igualdade jurídica entre os filhos, referiu-se expressamente à adoção em seu art. 227, §6º, ao

¹⁸¹ LÔBO, P. L. N. *Código Civil comentado*, p.147.

¹⁸² FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 152.

¹⁸³ O que depreende-se da idade mínima de 50 anos requisitada ao adotante.

¹⁸⁴ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 151.

preceituar que: “*Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por **adoção**, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*”

O ECA representou a concretização da mudança de racionalidade, em atendimento ao melhor interesse da criança, buscando a sua inserção num ambiente familiar apto a que possa desenvolver as suas potencialidades e consagrando a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

Com relação à adoção, de maneira geral, o Estatuto afastou a idéia de adoção simples e de adoção plena, que estava presente no Código de Menores, imperando apenas um tipo de adoção, em que a sentença judicial é indispensável.

O ECA regula a adoção de crianças e adolescentes, compreendidos como criança, aqueles que contam com até doze anos incompletos, e, adolescentes, os que possuem entre 12 e 18 anos, conforme o art. 2º, caput, desta lei. Destina-se não apenas aos infanto-adolescente em situação irregular, mas a todo e qualquer criança e adolescente. Em seu parágrafo único o art. 2º do mesmo texto legal dispõe que excepcionalmente o ECA poderá ser aplicado às pessoas que possuam entre 18 e vinte e um anos de idade, desde que haja previsão expressa em lei, e, no caso da adoção, desde que o adotando esteja sob a guarda ou tutela dos adotantes, antes de completar 21 anos.

5.2.1. Requisitos da adoção

A. Idade mínima do adotante

De acordo com a Lei 8069/90, os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil, podem adotar crianças e adolescentes. Como a maioria civil no Código de 2002 foi reduzida para 18 anos completos, por meio de uma interpretação sistemática, entenda-se 18 anos em vez de 21 anos no ECA.

O Código Civil em seu art. 1618 prevê a idade mínima de 18 anos para os adotantes, assim, como regra geral, tem-se que a capacidade para adotar corresponde à capacidade civil.

Não existe previsão legal quanto à idade mínima do adotando, entretanto, a adoção do nascituro, pessoa que ainda não nasceu, mas que já está concebida,

parece não ser possível, de acordo com a doutrina. Vale observar o entendimento de Tânia da Silva PEREIRA sobre o assunto:

Consideramos excluída a possibilidade de adoção do nascituro. De acordo com a Lei nº 8.069/90, é requisito para a concessão do pedido a qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais. Por outro lado, o art. 19-ECA, determina, como prioridade absoluta, o direito de toda criança e adolescente ser criado e educado no seio de sua família, e, excepcionalmente, em família substituta. Admitir a adoção do nascituro representa uma contradição entre as propostas básicas da Lei 8.069/90.¹⁸⁵

A impossibilidade de adoção do nascituro, como se vê, pode ser aferida por uma interpretação sistemática do ECA, da qual se extrai que a criança que virá a nascer tenha o direito de conviver na sua família, sendo a colocação em família substituta uma medida excepcional.

B. Diferença de idade entre adotante e adotando

A diferença de idade de 16 anos entre adotando e adotante, prevista no Código Civil e também no ECA, além de ser necessária ao exercício da autoridade parental, garante um intervalo geracional e também maior maturidade para o exercício do poder parental. Eunice Ferreira GRANATO explica: “*o fundamento dessa determinação pode ser encontrado no propósito de tornar a adoção em tudo semelhante à paternidade natural.*”¹⁸⁶

De acordo com Luiz Edson FACHIN¹⁸⁷, essa regra tem sido aplicada literalmente e sem maiores reflexões, o que é merecedor de críticas, já que, por vezes, o requisito da diferença de idade e o requisito de reais vantagens ao adotando devem ser analisados separadamente, buscando sempre atender ao melhor interesse da criança. Ressalte-se, com satisfação, que existem alguns casos recentes em que, quando do conflito entre o requisito que exige a diferença de idade de 16 anos, e o interesse concreto do adotando, a jurisprudência têm optado pela flexibilização do requisito, em favor do melhor interesse do adotando. Nesse sentido veja-se a Apelação Cível n. 371.001.4/1-00, Relator: João Carlos Saletti, julgada em 14.03.2006, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

¹⁸⁵ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.263.

¹⁸⁶ GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p.80.

¹⁸⁷ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.164.

ADOÇÃO - Requisitos - Uma das exigências do Código Civil de 2002 (artigo 1619), e § 3º do artigo 42 do ECA é que o adotante seja dezoito anos mais velho que o adotado - Objetivo: instituição de ambiente de respeito e austeridade, resultante da ascendência de pessoa mais idosa sobre outra mais jovem, reproduzindo tanto quanto possível a família natural - Hipótese em que a diferença de idade aproxima-se dos quinze anos - Requisito não preenchido - Indeferimento do pedido, por impossibilidade jurídica - Caso, no entanto, em que a adotante foi casada com o pai da adotanda, cuida dela desde que tinha dezessete anos, e foi-lhe nomeada curadora em processo de interdição em 1987, com ela estabelecendo relação filial, sendo mesmo chamada de mãe - **Peculiaridades que justificam a conclusão de que, permitida a adoção, estar-se-á atendendo ao fim social da lei.** Decisão reformada para afastar a extinção do processo - Recurso provido.

Ambas as leis não prescrevem idade máxima para que se possa adotar, nem diferença máxima de idade entre aqueles que querem adotar e os que estão em condições de serem adotados.¹⁸⁸

C. Estado Civil dos adotantes

Do Código Civil, art. 1618, caput, depreende-se que a adoção por pessoa solteira é possível, mesmo sem menção expressa, como faz o ECA, em seu art. 42: *“independentemente do estado civil”*.

Emergem aqui as questões sobre a possibilidade da adoção por homossexuais e do reconhecimento espontâneo da paternidade (“adoção simulada”, ou à brasileira). Este último consiste no fato de um homem, que convive em união estável com uma mulher, não sendo pai biológico, registrar como se seu filho fosse o filho da companheira quando da vigência da união estável. A adoção por homossexuais é um tema que vem sendo amplamente debatido, vale dizer que a sexualidade do adotante não tem relação alguma com a capacidade para adotar¹⁸⁹.

Veja-se que a jurisprudência tem afastado preconceitos quanto à opção sexual dos adotantes, na aferição do efetivo benefício e das reais vantagens que a adoção pode representar ao adotando, primando pelo melhor interesse da criança. Nesse sentido a Apelação Cível nº. 51.111-0, julgada em 11/11/99 pelo Relator Oetterer Guedes, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

ADOÇÃO - Pedido efetuado por pessoa solteira com a concordância da mãe natural - Possibilidade - Hipótese onde os relatórios social e psicológico comprovam condições morais e materiais da requerente para

¹⁸⁸ GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p.80.

¹⁸⁹ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.155.

assumir o mister, **a despeito de ser homossexual Circunstância que, por si só, não impede a adoção que, no caso presente, constitui medida que atende aos superiores interesses da criança**, que já se encontra sob os cuidados da adotante - Recurso não provido.

Recentemente, em 2006, ganhou notoriedade a adoção de Theodora Rafaela Carvalho da Gama, infante que, a despeito da opção sexual dos interessados em sua adoção, Vasco Pedro da Gama e Júnior De Carvalho, casal homossexual, pôde ser adotada porque a adoção representava efetivo benefício à mesma.

A adoção conjunta está presente no parágrafo único do art. 1618 do Código Civil, e, no art. 42, §2º do ECA, sendo possível tanto para cônjuges, quanto para conviventes. O ECA referia-se a concubinos e não conviventes como faz o Código.

Pelo fato de a Constituição ter reconhecido a união estável como família, pode-se entender que a adoção por conviventes, companheiros, é assegurada constitucionalmente, sendo que o art. 1618, parágrafo único, corrobora um preceito constitucional.

O Estatuto, não exige prazo mínimo de convivência para os companheiros nem de casamento aos cônjuges, mas estabelece que a estabilidade da família deve ser comprovada.

Um dos cônjuges ou companheiros, conforme o CCB, deverá ter 18 anos, do que se deduz, conforme já explanado, que a idade de 21 anos prevista no art. 42, parágrafo 2º do ECA tenha também sido reduzida. Além disso, como bem ensina Luiz Edson FACHIN¹⁹⁰, da comparação entre o art. 1618 e o art. 1619 tem-se que se apenas um dos cônjuges ou companheiros precisa ter 18 anos, o outro há de ter ao mínimo 16 anos, já que a diferença de 16 anos de idade entre adotando e adotante é exigida.

Em atendimento ao interesse da criança, tem-se flexibilizado a exigência da diferença de 16 anos de idade, quando de adoção por casal, nesse sentido, a Apelação Cível n. 147.179-0/9, Relator: Sidnei Beneti, julgada em 23.07.2007, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

ADOÇÃO – Requisitos – Interpretação dos artigos 42, § 3º do ECA e 1.619 do CC – Extinção do feito sem julgamento do mérito – Insurgência – Acolhimento – Pluralidade de adotantes – Tratando-se de **pedido de adoção feito por casal, basta que um deles preencha o requisito legal**

¹⁹⁰ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.157.

de respeitar a diferença de idade prevista na lei, ainda mais quando a situação de fato já está consolidada, não se vislumbrando qualquer risco à menor. Recurso provido.

Outro argumento possível, em relação à idade exigida aos cônjuges, que pode ser estendido aos companheiros adotantes, é o de que a capacidade matrimonial começa aos 16 anos, assim, alguém que casa com uma pessoa de 16 anos pode com esta adotar. É nesse sentido o entendimento de Artur Marques da Silva FILHO:

[...] é preciso considerar que a pessoa pode casar-se com 16 anos e ter filhos. Logo, não teria sentido restringir a capacidade para adotar, só pela idade, pois exige o art. 1619 do Código Civil que o adotante seja pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado.¹⁹¹

Vale ressaltar que embora exista a exceção do art. 1530 do CCB, em que a idade núbil poderia ser reduzida, para efeitos de adoção a idade mínima de 16 anos não poderá, a princípio, ser afastada.

Ressalte-se, no que concerne à adoção por pessoas casadas que, segundo Tânia da Silva PEREIRA¹⁹², os tribunais brasileiros admitem que um dos cônjuges adote sem o consentimento do outro, entendimento criticado pela autora, tendo em vista a necessidade de um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento da criança ou do adolescente, e, as reais vantagens que a adoção deve representar aos mesmos, o que nesse caso, dificilmente podem ser aferidos, pois não há entendimento entre o casal.

O art. 1622 do Código Civil preceitua que ninguém poderá ser adotado por duas pessoas que não estejam casadas ou que não constituam união estável. A Lei 8.069/90 não proibiu expressamente a adoção por pessoas que não forem casadas ou que não convivam em união estável, como fez o Código, embora tenha exigido, em seu art. 42, §2º, como foi visto, a relação de conjugalidade ou de concubinato para a adoção conjunta.

Em seu parágrafo único, o art. 1622 do Código repete a regra do art. 42, §4º do Estatuto, estabelecendo que os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar em conjunto se o estágio de convivência, previsto no art. 46 do ECA, com a criança ou o adolescente tiver iniciado quando ainda da constância do

¹⁹¹ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Da Adoção*. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS Filho, Ives Gandra da Silva (Coord). *O Novo Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: Ltr, 2003, p.1201.

¹⁹² PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.258.

casamento, entretanto, só será possível se os ex-cônjuges acordarem sobre a guarda e o regime de visitas.

A necessidade de existência de relação de conjugalidade contraria a nova racionalidade trazida com a Constituição, pois, como foi visto, a mesma estabeleceu a pluralidade de entidades familiares. Assim, vem a doutrina propugnando que

Tal concepção somente poderia ter lugar em uma racionalidade que fundasse a família exclusivamente no casamento, o que, a toda evidência, não se coaduna com os preceitos constitucionais pertinentes à família.¹⁹³

Ressalte-se que o legislador do Código omite quanto ao caso de dissolução da união estável, tratando apenas do rompimento do vínculo do casamento. O rompimento da união estável, numa interpretação à luz da Constituição, deveria dar ensejo à mesma possibilidade de dar continuidade ao processo de adoção, quando obedecidos os requisitos da lei, tal como é conferida em relação aos separados e divorciados. Luiz Edson FACHIN bem observa que:

A restrição operada pelo Código Civil pode se demonstrar indevida em certas circunstâncias, por partir da presunção de que a convivência familiar e o melhor interesse da criança implicariam, necessariamente, a existência de uma relação de conjugalidade, ainda que pretérita, por parte dos adotantes.¹⁹⁴

O absolutamente incapaz não pode adotar, já o relativamente incapaz, se em união estável com maior de 18 anos, poderia, com a devida assistência, já que não há proibição expressa nesse sentido. Vale lembrar, que não há emancipação em razão de união estável, diferentemente do que ocorre no casamento. Se casado, o menor de 16 anos não é relativamente incapaz, porque emancipado.¹⁹⁵

A adoção chamada unilateral é tratada em ambos os diplomas legais. Essa adoção, assim convencionalmente denominada, é aquela em que o filho do cônjuge ou companheiro adota o filho do outro (cônjuge ou companheiro), mantendo-se o vínculo de filiação do adotando com o cônjuge ou companheiro daquele que quer adotar. (art. 41, §1º ECA e art. 1626, § único do CC). Assim, é requisito ao adotante que seja cônjuge ou companheiro do pai ou mãe biológico daquele que quer adotar. Para Luiz Edson FACHIN “*Verifica-se na regra o escopo de facilitar a constituição*

¹⁹³ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.179.

¹⁹⁴ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.178.

¹⁹⁵ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.165.

para o adotando de uma situação jurídica de biparentalidade que envolva o ascendente natural e aquele que com este mantém vínculo de conjugalidade.”¹⁹⁶

D. Comprovação da estabilidade familiar

A comprovação da estabilidade do vínculo familiar, prevista tanto no ECA quanto no CCB, sem o estabelecimento de um prazo mínimo, representa grande avanço:

Da rigidez dos prazos e dos modelos fechados se passa para a noção que privilegia a chancela jurídica a um conceito aberto e móvel de família que, antes da norma, emerge da sociedade. A família constitucionalizada, antes de ser um ‘realidade jurídica’, é uma realidade sociológica.¹⁹⁷

Vale ressaltar que a estabilidade familiar não é requisito apenas da união estável, mas também do casamento, conforme o entendimento de Paulo Luiz Netto LÔBO:

A estabilidade é uma situação de fato, assegurada na convivência familiar autônoma dos que desejam adotar. Não basta o casamento ou prova de união estável; mister se faz que o casal pretendente da adoção demonstre ter um lar constituído e administrado razoavelmente [...].¹⁹⁸

E. Consentimento do(s) adotante(s) e do adotando

Para que se possa adotar crianças e adolescentes é necessário o consentimento dos pais biológicos ou do representante legal, essa imposição legal não se aplica à adoção de maiores de 18 anos, tendo em vista que o poder familiar se extingue quando do advento da maioridade, conforme o art. 1635, III, do Código Civil.

A necessidade do consentimento dos pais biológicos está umbilicalmente ligada à questão da autoridade parental. De acordo com Luiz Edson FACHIN, no que concerne à constituição da autoridade parental decorrente da adoção, tem-se duas consequências:

a) não é possível a adoção de alguém que ainda esteja sob a autoridade parental de outrem, uma vez que a adoção implica a formação de um novo vínculo paterno-filial com a extinção do anterior (a não ser na hipótese o artigo 1.626, em que o adotante é cônjuge ou companheiro do genitor do adotado); b) estando o adotado sob autoridade parental de outrem, deve o

¹⁹⁶ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.203.

¹⁹⁷ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 158.

¹⁹⁸ LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*, p.149.

seu titular autorizar a adoção, que implicará a desconstituição do vínculo de parentesco originário (ao menos na hipótese da adoção plena).¹⁹⁹

Paulo Luiz Netto LÔBO²⁰⁰ ensina que é personalíssimo e exclusivo o direito de consentimento dos pais, o juiz não pode supri-lo quando os pais são conhecidos e tem a titularidade do poder familiar. Vale lembrar que é necessário o consentimento de ambos, pai e mãe, porque quando no exercício do poder familiar, conforme o art. 1631 do Código Civil, os pais exercem-no conjuntamente, e, quando não há consenso, deve-se recorrer ao judiciário.

O art. 1621 do Novo Código repete o art. 45 do ECA e introduz a possibilidade da revogação do consentimento dos pais ou representantes até a publicação da sentença.

Essa possibilidade, pode causar demora no processo de adoção, já que com a negativa do consentimento dos pais biológicos haverá necessidade de destituição do poder familiar, e, além disso, produzir insegurança em relação ao interesse concreto do adotando²⁰¹.

A jurisprudência tem sido firme no sentido de fazer preponderar o interesse da criança em detrimento de arrependimentos posteriores dos adultos. Veja-se a Apelação Cível Nº 70013363551, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgada em 21/12/2005, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABANDONO. ABRIGAMENTO. CONSENTIMENTO NA ENTREGA PARA ADOÇÃO. PERFEITA ADAPTAÇÃO COM A FAMÍLIA SUBSTITUTA. INTERESSE DA CRIANÇA. **Por fazer preponderar os superiores interesses da criança, perfeitamente adaptada na família adotante, não há o que reparar na sentença que destituiu os pais do poder familiar, considerando o estado de abandono em que se encontrava a menor e o expresso consentimento em relação à entrega para adoção.** NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Grifou-se)

Tanto no ECA (art. 45 §1º) quanto no Código Civil (art. 1621, §1º) é dispensado o consentimento dos pais que sejam desconhecidos ou que tenham sido destituídos do poder familiar.

Com relação à destituição do poder familiar, o ECA prevê em seu art. 24 que a perda e a suspensão do pátrio poder deverão obedecer ao processo judicial e ao

¹⁹⁹ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.171.

²⁰⁰ LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*, p.156.

²⁰¹ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 176.

contraditório, em obediência à possibilidade de defesa e amplo contraditório preconizados pela Constituição Federal em seu art. 5º, LV.

O art. 1624 do Código rege a dispensa de consentimento do representante legal, no caso de infante exposto, ou de menor que tenham pais desconhecidos, destituídos do poder familiar, ou desaparecidos, sem que lhes tenha sido nomeado um tutor, refere-se também ao órfão não reclamado por parentes por mais de 1 ano.

O “infante exposto” a que se refere o artigo é a criança abandonada, trata-se de *“situação em que sabe-se quem são os pais do menor, verificando-se, mesmo assim, a situação de abandono.”*²⁰² Para restar caracterizada a situação de abandono, e por conseguinte se possibilitar ou não a adoção, deve-se sempre se ter em mente o melhor interesse da criança.

Crianças e adolescentes cujos pais são desconhecidos também são infantes expostos, no entanto, conforme ensina Luiz Edson FACHIN *“há situação específica que qualifica o abandono, que consiste no fato de se desconhecer os pais naturais do adotando.”*²⁰³

Tanto no caso de crianças e adolescentes cujos pais são desconhecidos, quanto desaparecidos, não se deverão medir esforços no sentido de promover diligências para que se apure a veracidade dessas situações.

Ao passo que o art. 1621 parece dispensar a autorização do tutor, o art. 1624 sugere ser a mesma necessária. A solução oferecida pela melhor doutrina, oriunda do cotejo dos artigos em comento, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança é a de que *“pode-se sustentar ser dispensável a autorização do tutor se a adoção do menor, cujos pais são desconhecidos ou foram destituídos da autoridade parental, atender inequivocamente ao interesse do adotando.”*²⁰⁴ Ademais, o art. 45 do ECA não exige autorização do tutor para que se possa adotar.

Quando o adolescente contar com mais de 12 anos é necessário também o seu consentimento, sendo que a vontade da criança pode inviabilizar a adoção.

O Código altera a palavra “consentimento” expressa no ECA para “concordância”. Eunice Ferreira Rodrigues GRANATO²⁰⁵ assevera que o legislador estatutário poderia ter utilizado a expressão “oitiva obrigatória” do adotante, em vez

²⁰² FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 191.

²⁰³ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 192.

²⁰⁴ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.174.

²⁰⁵ GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p.75.

de consentimento, já que este pressupõe discernimento, do qual, segundo a autora, o incapaz é desprovido.

Além disso, a autora afirma que, se por um lado a vontade do adotando é importante para a sua integração em uma nova família, por outro o consentimento não pode ser entendido de modo absoluto, já que, citando Omar Gama Bem KAUSS, muitas vezes o adolescente não consegue aferir por ele próprio o que é melhor para sua vida, assim, outras provas e elementos formadores de convicção devem ser utilizados, além do consentimento do adotando²⁰⁶.

Contudo, sobre a necessidade do consentimento do adotando, o melhor entendimento é de Paulo Luiz Netto LÔBO, no sentido oposto:

A Constituição, o ECA e o Código Civil, conjuntamente, mudaram o foco preferencial da tutela jurídica da família para a pessoa que a integra (art. 226, § 8º, da Constituição). [...] O desejo de ter um filho, especialmente para os que não o podem ter biologicamente, é acolhido pelo direito, e até estimulado; porém, **fica subordinado ao da pessoa que se quer adotar.**²⁰⁷ (grifou-se)

Sempre que possível, conforme o art. 28, § 2º da Lei 8.069/90, os menores de 12 anos serão ouvidos, sendo que sua oitiva pode ajudar a averiguar a conveniência da medida, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

F. Intervenção Judicial

O Estatuto além de vedar a adoção por procuração (art. 39, § único), preceitua que a mesma se constitui por sentença judicial (art. 47). De acordo com Tânia da Silva PEREIRA:

Proíbe o estatuto intermediação, que tem dado margem a irregularidades visando à obtenção de vantagens financeiras com a medida (art. 39 § único-ECA), considerando, ainda que a Constituição Federal (art. 227 § 5º-ECA), exige que a medida seja assistida pelo Poder Público. Aplica-se o mesmo princípio aos maiores de dezoito anos regido pelo Código Civil.²⁰⁸

O Código além de prever que a adoção dependerá de processo judicial, prescreve que também a adoção de maiores será constituída por sentença, devendo ser assistida pelo Poder Público.

²⁰⁶ GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p. 74-75.

²⁰⁷ LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*, p.170.

²⁰⁸ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 262.

A sentença constitutiva da adoção é inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão, art. 47 do ECA. Os efeitos da sentença se dão a partir do seu trânsito em julgado, salvo no caso de falecimento do adotante, quando já iniciado o procedimento relativo à adoção, sendo que neste caso, a data da sentença retroagirá à data do óbito, é o que preceituam tanto o art. 1628 do Código quanto o art. 47, §6º do ECA.

A regra, quanto à sentença constitutiva da adoção, é que a mesma possui efeitos *ex nunc*, ou seja, seus efeitos são produzidos a partir do trânsito em julgado da decisão. A possibilidade de adoção por pessoa que falece no curso do processo de adoção é uma exceção. Segundo Caio Augusto dos SANTOS trata-se da hipótese de adoção *post mortem*: “*diz respeito àquela que é concedida após o falecimento do adotante quando em vida o de cujus tenha manifestado no âmbito do processo judicial de adoção a sua inequívoca vontade de adotar.*”²⁰⁹ Tânia da Silva PEREIRA denomina o fato de adoção póstuma. Em que pese as diferentes denominações oferecidas pela doutrina, nesse caso, os efeitos da sentença operarão efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagirão à data do óbito do adotante, isso porque “*não houvesse a retroação, tornar-se-ia difícil a caracterização de um vínculo jurídico apto a ensejar todos os efeitos pessoais e, mesmo, patrimoniais que decorrem da filiação*”²¹⁰.

Ressalte-se que a manifestação de vontade inequívoca do adotante é requisito necessário e não tem sido afastado nas decisões. Exemplo é a Apelação Cível nº 70004348207, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgada em 26.06.2002, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ADOÇÃO PÓSTUMA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO FALECIDO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

É possível o estabelecimento de adoção póstuma quando existe inequívoca manifestação de vontade do adotante e quando este vem a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. Inteligência do art. 42, § 5º, da Lei nº 8.069/90. 2. Revela-se **juridicamente impossível o pedido de adoção retroativa à data do óbito de pessoa apontada como adotante, quando esta não deixou patente tal vontade em testamento, nem tomou qualquer medida tendente ao estabelecimento do vínculo de filiação.** 3. Tendo o falecido filho consanguíneo de relacionamento anterior, o estabelecimento da adoção póstuma, sem inequívoca manifestação de vontade do falecido, é até temerária, pois gera

²⁰⁹ SANTOS, Caio Augusto Silva dos; BAHIA, Cláudio José Amaral. *Da possibilidade de adoção após o falecimento do adotante sem que este tenha iniciado o procedimento judicial*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.478.

²¹⁰ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.209.

seqüelas de ordem social, previdenciária, sucessória e parental, envolvendo terceiras pessoas, o que possivelmente não fosse mesmo o desejado pelo falecido. Recurso desprovido. (Grifou-se)

A possibilidade de adoção após o falecimento do adotante deverá ser objeto de reflexão, e, verificada caso a caso, uma vez que a adoção deve trazer reais vantagens e efetivo benefício ao adotando, imperando sempre o atendimento ao melhor interesse do mesmo.

O registro original do adotando será cancelado por mandado, sendo este posteriormente arquivado. Na inscrição deverá constar o nome dos pais adotantes e dos descendentes destes. Nas certidões do registro não poderão constar nenhuma observação sobre a origem do ato.

G. Estágio de convivência

O estágio de convivência, requisito para a adoção, é um exemplo de matéria não regulada pelo Código e que se encontra presente na Lei 8069/90, em seu art. 46. Sobre o estágio de convivência, Luiz Edson FACHIN observa que:

Pretende-se, por meio desse período de convivência entre adotante e adotando, iniciar efetiva formação do vínculo afetivo entre eles e, sobretudo, permitir a aferição pelo juízo da conveniência da constituição da relação paterno-filial. Avalia-se, nesse passo, a compatibilidade entre a estrutura familiar oferecida pelo adotante e as necessidades do adotado, bem como a adaptação deste em sua possível futura família.²¹¹

Nesse sentido é também o entendimento de Eunice Ferreira GRANATO:

É de grande importância esse tempo de experiência, porque, constituindo um período de adaptação do adotando e adotantes à nova forma de vida, afasta adoções precipitadas que geram situações irreversíveis e de sofrimento para todos os envolvidos.²¹²

O período para o estágio de convivência será fixado pelo juiz. Há duas situações em se possibilita a dispensa do estágio de convivência, quais sejam, quando o adotando não contar com mais de um ano de idade e, quando o adotando já estiver na companhia do adotante, já se tendo constituído vínculos que possam ser avaliados, como nos casos de guarda, tutela ou de filhos de criação. Como exemplo dessa segunda hipótese a Apelação Cível n. 33.134-0, Relator: Luís de Macedo, julgada em 17.10.96, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

²¹¹ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.187.

²¹² GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p.81

ADOÇÃO - Concordância da genitora com a medida - Retratação posterior em sede recursal - Irrelevância - Ausência de fundamentos concretos para a resistência - Predomínio do interesse do menor para a falta de prova da inconveniência da medida deferida - **Dispensa legal do estágio de convivência Estatuto da Criança e do Adolescente**, artigo 46, § 1º - Recurso não provido. (Grifou-se)

O ECA, entretanto, fixa prazos para o estágio de convivência quando se trata de adoção por estrangeiro, nesse caso, o estrangeiro domiciliado ou residente fora do território brasileiro deverá cumprir no território do Brasil o estágio de convivência, que terá ao mínimo 15 dias no caso de crianças com até dois anos, e, no mínimo 30 dias no caso de crianças com mais de dois anos. Sobre o estágio de convivência entre adotando e adotante estrangeiro, Tânia da Silva PEREIRA ensina:

Este período de permanência no país, permitirá aos adotantes estrangeiros a oportunidade de conhecer a realidade sociocultural do adotando (e eventualmente sua família), o que será elemento importante no seu entrosamento numa nova vida.²¹³

H. Efetivo benefício e reais vantagens

O Código, na esteira da racionalidade protetiva preconizada pela Constituição, e, reafirmada pelo ECA, estabelece que a adoção deve constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1625).

Quanto ao efetivo benefício, tem-se que o mesmo diz respeito tanto ao benefício afetivo quanto patrimonial. Nesse sentido Luiz Edson FACHIN observa: *“[...] não se está a falar de um benefício primordialmente patrimonial. A dimensão tutelada em primeiro lugar é a que diz respeito a situações subjetiva existenciais, sobretudo aquilo que diz respeito ao afeto”*²¹⁴. Mas o autor, alertando para as necessidades materiais do adotando, que também devem ser atendidas, acrescenta: *“[...] o que não se pode admitir, entretanto, é a adoção por alguém que não tenha condições patrimoniais mínimas para assegurar a sobrevivência digna e o desenvolvimento do adotado.”*²¹⁵ Paulo Luiz Netto LÔBO, no mesmo sentido, afirma:

O efetivo benefício apura-se tanto na dimensão subjetiva quanto na objetiva. Na dimensão subjetiva, cumpre ao juiz avaliar se há indicadores de viabilização de efetivo relacionamento de afinidade e afetividade entre adotantes e adotando. Na dimensão objetiva, serão observadas as

²¹³ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.258.

²¹⁴ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.198.

²¹⁵ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.198.

condições que ofereçam ambiente e convivência familiar adequados, em cumprimento ao princípio de prioridade absoluta previsto no art. 227 da Constituição [...].²¹⁶

O ECA em seu art. 43 condiciona o deferimento da adoção às reais vantagens que poderá trazer à criança e também aos seus motivos legítimos.

No caso concreto, as reais vantagens e o efetivo benefício fundamentam as decisões:

ADOÇÃO - Vantagens ao adotando e motivos legítimos - Ocorrência - Mãe biológica que demonstra imaturidade e instabilidade no que se refere ao interesse pela criança, cujo pai é casado com a adotante - Sentença de concessão mantida. (Apelação Cível n. 35.959-0 - Sertãozinho - Câmara Especial - Relator: Silva Leme – Julgada em 20.03.97). (Grifou-se)

Tanto o art. 43 do ECA quanto o art. 1625 do Código Civil, interpretados à luz da Constituição, ensejam a concretização do melhor interesse da criança ou adolescente na condição de adotando e também, do princípio da dignidade da pessoa humana.

5.2.2. Efeitos pessoais da adoção

São efeitos pessoais da adoção a instituição da relação de filiação e da paternidade; a atribuição do poder familiar ao(s) adotante(s) e a atribuição do nome patronímico do adotante ao adotado²¹⁷.

Tanto o Código (art. 1626) quanto o Estatuto (art. 41) estabelecem que com a adoção rompem-se os laços do adotando com seus pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, criando-se com a nova família o laço da filiação.

Porque a Constituição estabeleceu a igualdade entre os filhos, com a adoção, o que surge é a relação de filiação, e assim, os vínculos de parentesco são os mesmos que surgiriam como se filho biológico fosse. Para Paulo Luiz Netto LÔBO:

Essa norma, conjuntamente com os arts. 1627 e 1628, retrata a grande transformação que houve no regime de adoção, no direito brasileiro, a partir da Constituição de 1988, seguida do Estatuto da Criança e do Adolescente,

²¹⁶ LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*, p.170.

²¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado. Direito de Família*, v.5. São Paulo: RT, 2005, p.267-268.

de onde foi transcrita, com a unificação e universalização da adoção plena.²¹⁸

O Código acrescenta ao caput do art. 1628, com finalidade interpretativa, que “*as relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.*” O fato de a adoção conferir a condição de filho ao adotado já pressupõe que da relação de filiação decorram as de parentesco, sendo portanto, explicativa a regra do artigo, e que, remete à igualdade entre os filhos, prevista pelo art. 277, § 6º da Constituição Federal.

No caso da adoção de crianças e adolescentes, essencial que os vínculos com a família consangüínea se rompam, para que se oportunize uma inserção plena na nova família, sendo que os pais e parentes consangüíneos não terão mais quaisquer direitos sobre o adotando, uma vez que a relação jurídica de filiação não subsiste.

Sobre a extinção do vínculo com a família biológica do adotando, e a diferença entre o direito ao conhecimento da origem genética e investigação de paternidade²¹⁹, Paulo Luiz Netto LÔBO faz importante observação:

A extinção do vínculo de consangüinidade, na adoção, ressalta a opção que fez o direito brasileiro para a família socioafetiva e para a filiação fundada na afetividade, pouco importando a sua origem. O direito que tem o adotado de conhecer a sua origem biológica tem a natureza de direito da personalidade, que é inato, personalíssimo, individual, e nada tem a ver com relação de família. Por tal razão, não é dado ao filho que foi adotado vindicá-lo em investigação de paternidade, porque esta tem o fito de assegurar o pai (ou a mãe) a quem não o tem.²²⁰

Veja-se os Embargos Infringentes nº 70011846680, Rel. Luis Felipe Brasil Santos, julgada em 12.08.2005, pelo tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu pela impossibilidade jurídica do pedido de investigação de paternidade promovida por investigador adotado:

²¹⁸ LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*, p.172.

²¹⁹ De acordo com Paulo Luiz Netto LÔBO : “*O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade.[...]O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida.[...] Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga.*” (LÔBO, Paulo Luis. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 5 , n.19, p.133-156, ago./set. 2003)

²²⁰ LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*, p.173.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE ADOTADO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1. A ação de investigação de paternidade visa a estabelecer a relação jurídica de filiação. 2. **Se o investigante já possui paternidade que foi definida na forma da lei, através da adoção plena, o pedido de investigação da paternidade biológica é juridicamente impossível.** Embargos infringentes desacolhidos, por maioria.(Grifou-se)

Em que pese os laços com a família biológica sejam extintos juridicamente, biologicamente não há como extinguir os vínculos daqueles que serão adotados com a família de origem, por isso, são mantido os impedimentos matrimoniais em relação à família consanguínea do adotando, esses impedimentos podem ser de ordem moral ou eugênica e estão previstos no art. 1521 do Código Civil. Quanto aos impedimentos matrimoniais, Eunice Ferreira Rodrigues GRANATO observa que:

[...] não obstante esse impedimento, difícil será comprovar sua existência, já que os vínculos da filiação anterior são cancelados e rigoroso segredo se estabelece em relação à certidão de nascimento original, de forma que, mesmo os parentes consanguíneos podem ignorar o parentesco.²²¹

Sobre a irrevogabilidade da adoção, Luiz Edson FACHIN bem ensina que *“Os laços jurídicos que uniam o adotando aos pais e parentes consanguíneos deixam juridicamente de existir, não sendo possível seu restabelecimento por meio de revogação da adoção, uma vez que se trata de ato irrevogável.”*²²²

Assim, mesmo com a morte do(s) adotante(s), após constituído o vínculo, não se restabelece o vínculo de parentesco e de filiação anteriores, pois a adoção é irrevogável.

Vale observar que o art. 42 § 1º da Lei 8.069/90 preceitua que os ascendentes e os irmãos do adotando não podem adotá-lo. Tânia da Silva PEREIRA ensina que *“Diante da equiparação dos filhos, inclusive dos adotivos, o que se pretende evitar é que netos e irmãos se transformem em filhos.”*²²³

Sobre o assunto, veja-se os Embargos Infringentes nº 70005635594, Rel. Luiz Filipe Brasil Santos, julgados em 11.04.2003, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que ao defender a impossibilidade da adoção por avós, aplica o ECA, na falta de dispositivo do Código Civil, à adoção de maiores:

ADOÇÃO POR AVÓS. ADOTADO MAIOR. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 42, § 1º, DO ECA.

²²¹ GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p.90.

²²² FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.201.

²²³ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.263.

Não havendo, a partir do novo Código Civil, mais nenhuma possibilidade de questionar possíveis diferenças de efeitos entre a adoção de maiores e a de menores, não há margem também para dúvida acerca da aplicação, à adoção de maiores, da vedação do art. 42, § 1º, do ECA, que dispõe acerca da impossibilidade de os avós adotarem os netos. Acolheram. (Grifou-se)

O art. 1627 do Código prevê que a adoção atribuirá ao adotando o sobrenome, nome de família do adotante, sendo que qualquer deles pode requerer, também, a alteração do prenome do adotando, caso este possua menos que 18 anos.

É um direito, inclusive disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que a criança seja registrada imediatamente após o seu nascimento e tenha um nome, assim, como o adotado passa a ser filho do adotante, com a adoção, o nome de família deste, como consequência natural da filiação, transmite-se àquele.

A alteração do prenome não necessita de motivação, basta o seu requerimento, sendo possível porque há o cancelamento do registro original. Entretanto, a possibilidade de alteração do prenome deve ser vista com cautela, isso porque o prenome de uma pessoa, além de direito da personalidade previsto no art. 16 do Código Civil, é a sua identificação, podendo a sua alteração, inclusive, ser prejudicial em alguns casos. Luiz Edson FACHIN bem observa que:

[...] se na adoção de crianças de tenra idade pode não haver maiores problemas para que os adotantes optem pela mudança do prenome, o mesmo pode não ocorrer no que tange à adoção de adolescentes [...] tratando-se de adotandos que se aproximam da adolescência, pode-se sustentar a necessidade do seu consentimento para que o prenome possa ser modificado, sob pena de ofensa a direito de personalidade.²²⁴

Assim, o autor propõe que a regra do art. 1621, que dispõe sobre a necessidade da concordância do adotando maior de 12 anos na adoção, possa ser utilizada nesse caso, por analogia, pois se o mesmo pode ou não concordar com a adoção, presume-se que pode ou não concordar com a mudança do próprio prenome. Além disso, o próprio art. 1627 prevê que a mudança do prenome pode ocorrer a pedido do adotante ou do adotando. O ECA menciona, a possibilidade de modificação do prenome do adotado quando o adotante determinar, não se referindo ao adotando como o faz o Código.

²²⁴ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 206.

Além disso, os novos pais estão sujeitos às mesmas regras de suspensão e de perda do pátrio poder, tendo-se em vista a relação de filiação originada com a adoção.

5.2.3. Efeitos patrimoniais da adoção

São efeitos patrimoniais da adoção a obrigação recíproca de alimentos entre o adotado e o adotante, conforme os arts. 1694, 1696 e 1697 do Código Civil; o dever de sustento, conforme o art. 1634 do mesmo diploma, e, os direitos sucessórios entre adotando e adotante (arts. 1829, I, 1790, I do Código Civil e art. 227 parágrafo 6º da Constituição Federal).²²⁵

Observe-se que esses efeitos decorrem da relação de filiação que se estabelece entre adotando e adotante. Com a igualdade entre os filhos e a proibição de discriminação em relação à origem da filiação, que imperam no sistema jurídico atual, esses efeitos previstos na legislação servem apenas para reforçar que a figura do “filho adotivo” não mais subsiste, e, que os direitos e deveres decorrentes da adoção são exatamente os mesmos que decorrem da relação de filiação, porque o adotado torna-se “filho”.

Com relação aos direitos sucessórios decorrentes da adoção, bem observa Tânia da Silva PEREIRA:

[...] estabelecido o rompimento dos vínculos com a família biológica, a relação sucessória só se aplica aos descendentes e colaterais de até 4º grau no que concerne aos menores de 18 anos, inexistindo direito sucessório quanto aos pais biológicos (com exceção da situação expressa no art. 41 §1º-ECA) [...].²²⁶

O art. 41 do ECA ao mencionar que os filhos “adotivos” terão os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, tem finalidade interpretativa e explicativa. O Código, ao tratar do assunto, apenas menciona que se atribuirá a situação de filho ao adotado.

5.2.4. Adoção por tutor ou curador

A tutela situa-se, ao lado da guarda e da adoção, como um das formas de colocação em família substituta, sendo assim, deve ser entendida como uma verdadeira inserção familiar. O art. 1.620 do Código e o art. 44 do ECA preceituam a

²²⁵ LEITE, E. de O. *Direito Civil Aplicado*, p.268.

²²⁶ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.260.

impossibilidade de o tutor ou o curador, enquanto não prestar contas de sua administração e não saldar eventuais débitos, adotar seu pupilo ou curatelado. A finalidade da regra é sem dúvida a proteção dos interesses do tutelado ou curatelado, embora sob o enfoque patrimonial.

Na tutela e na curatela o tutor ou curador é representante e administrador dos bens do incapaz, devendo prestar contas de sua administração. Na adoção, como a relação que se constitui é de filiação, não existe esse dever de prestação de contas, assim, a adoção poderia, caso não existisse essa regra, servir para encobrir uma má administração ou ruína de bens do menor por parte do tutor ou curador. Para Paulo Luiz Netto LÔBO, a regra do art. 1620 é:

[...] perfeitamente dispensável no contexto atual da adoção, a norma radica na primazia do patrimônio e menos da pessoa, que marcou a disciplina legal da tutela e da curatela, no Código Civil de 1916. No que diz respeito à tutela, o direito atual pôs à frente o melhor interesse da criança, que pode estar em conflito com as restrições deste artigo.²²⁷

5.2.5. Adoção por estrangeiros

Com relação à adoção por estrangeiro, que é *“aquela que ocorre quando o adotante tem seu domicílio em um país e o adotado residência habitual em outro”*²²⁸ o Código se limita a mencionar que a mesma *“obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei”* (art. 1629), já o ECA em seus arts. 51 e 52 regula detalhadamente a matéria. A própria Constituição Federal em seu art. 227, §5º refere-se à adoção por estrangeiro.

Ressalte-se que o ECA prevê em seu art. 31 que a adoção por estrangeiros é medida excepcional, e, única forma de colocação em família substituta estrangeira. Em que pese existam essa determinação e a regra do art. 33, § 1º²²⁹, quando do estágio de convivência há necessidade de que o adotando e adotante possam efetivamente conviver, assim, como bem ensina Wilson Donizeti LIBERATI:

Certamente, ao determinar o cumprimento do estágio de convivência, o juiz deverá fornecer ao estrangeiro um documento, autorizando-o a ficar com o adotando. Na realidade, esse documento, sob que título for, deverá outorgar uma guarda ao pretendente, ainda que provisória e por tempo determinado, nos termos do art. 167, in fine. Tal orientação não confronta com o disposto

²²⁷ LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*, p.154.

²²⁸ GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p.113.

²²⁹ O art. 33, §1º do ECA dispõe que: *“A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.”*

no § 1º do art. 33, porque não se pode conceber que o juiz entregue a criança aos adotantes sem qualquer formalidade.²³⁰

Há uma recomendação do XIII Congresso da Associação Internacional de Magistrados de Menores e de Família realizado na Itália em 1990, que assim dispõe: *“Que seja confirmado o caráter subsidiário da adoção internacional, à qual se poderá recorrer somente depois de esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança na própria família ou em outra família no seu país de origem.”*²³¹

Nesse sentido é o posicionamento da jurisprudência. A Apelação Cível n. 103.265-0/0, Rel. Moura Ribeiro, julgada em 28.07.03, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, alerta para a excepcionalidade da medida, prevista pelo art. 31 do ECA:

“ADOÇÃO INTERNACIONAL - Ação julgada extinta porque o casal não tinha certificado de habilitação, os pais biológicos não haviam sido destituídos do poder familiar e não se sabia se casais brasileiros estavam em condições de adotar a criança - Apelação dos pretendentes firme na tese de que possuíam o certificado e que reuniam condições para a adoção porque ajuizaram a ação correta, a qual contou com o aval do Ministério Público - **Eventual interesse de casal nacional na adoção pode ser pesquisado** mediante consulta ao cadastro de que trata o art. 50, do ECA, até mesmo em comarcas vizinhas- **Tratando-se de adoção internacional há que ser observado o disposto no art. 31, do ECA** e ser fixado estágio de convivência antes de ser proferida a sentença que fica anulada - Recurso provido, com observação.” (Grifou-se)

A justificativa para excepcionalidade da medida, segundo Tânia da Silva PEREIRA : “[...] *tem em vista também a preservação da identidade, considerando que o adotando romperá com seus vínculos familiares, culturais e de nacionalidade.*”²³²

As CEJA, Comissão Estadual Judiciária de adoção, criadas em quase todos os estados do Brasil, em função do art. 52 do ECA, mantém um cadastro centralizado de estrangeiros interessados em adotar crianças brasileiras.

Os estrangeiros, para que possam adotar, devem estar habilitados para a adoção, conforme as leis do seu país de origem, porque segundo o art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, será observada a lei do domicílio. Assim, a capacidade para adotar e os efeitos da adoção devem ser verificados conforme a lei do país do adotante. Com isso se *“busca prevenir situações em que o adotante não se mostra pessoa idônea para adotar, pelo que, em seu país, não se lhe deferiu essa*

²³⁰ LIBERATI, W. D. Ob. cit., p.34.

²³¹ GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p.117.

²³² PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.266.

*possibilidade.*²³³ A capacidade para ser adotado é verificada conforme a lei do domicílio do adotando.

Também, deve ser apresentado “*estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada em seu país de origem*”, essa exigência prevista no art. 51 da Lei 8069/90, pauta-se na Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores de 1984.

O juiz pode de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, requisitar ao habilitado estrangeiro o texto legal do seu país que se refere à adoção, devendo provar a sua vigência. Além disso, esses documentos deverão ser juntados aos autos, após autenticação pela autoridade consular, “*observados os tratados e convenções internacionais*”, conforme prevê o art. 51 do Estatuto. Um tradutor público juramentado deverá apresentar a tradução dos documentos.

A CEJA poderá, conforme o art. 52 do ECA, realizar um estudo prévio e instruir o processo com um laudo de habilitação, além dos documentos anteriormente referidos.

Veja-se que, conforme a racionalidade protetiva preconizada pelo ECA, o art. 51, §4º proíbe a saída do adotando do território nacional.

No caso de adoção por estrangeiros, não há a perda da nacionalidade do adotando, já que a adoção não está dentre as hipóteses de perda nacionalidade previstas no art. 12, § 4º da Constituição Federal.

5.2.6. Do processo de adoção

Como foi visto, o ECA, assim como o Código de Defesa do Consumidor, surgiram na tentativa de regular totalmente a matéria a que se propuseram. Assim, o ECA disciplina seus próprios procedimentos. A disciplina do processo de adoção é regulada pelo Capítulo III, Título VI, Livro II, seção IV do ECA.

Quando os pais consentem com a adoção ou já estão destituídos do poder familiar há jurisdição voluntária. O contencioso é instaurado quando não há consentimento dos pais e os mesmos ainda estão no exercício do poder familiar.

Compete ao juiz da Infância e Juventude os processos de adoção e seus incidentes, segundo o art. 148, III, do ECA.

²³³ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p.215.

É resguardado o segredo de justiça (art. 206, ECA) e a gratuidade do processo, pois as ações de competência da justiça Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, conforme o art. 141, §2º do ECA.

O foro competente, de acordo com o art. 147, é estabelecido pelo lugar em que se encontre a criança ou adolescente, domicílio dos pais ou responsável, ou local em que esteja abrigada.

Ressalte-se que, conforme o art. 152 do Estatuto, podem ser aplicadas aos procedimentos previstos no ECA, normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

A petição inicial, regida pelos art. 165 do ECA e art. 282 do CPC, pode ser feita por advogado, e, nos termos do art. 166, pelos próprios requerentes, diretamente no Cartório da Infância e Juventude, no caso de adotandos cujos pais são falecidos, destituídos ou suspensos do poder familiar, ou concordem com a colocação em família substituta.

Caso haja o consentimento dos pais biológicos, é necessário que sejam ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, e, que seja tomado por termo as suas declarações. De acordo com Tânia da Silva PEREIRA²³⁴, o consentimento pode ser manifestado na inicial ou no decorrer do processo. Na hipótese de o adotando não possuir representante legal, lhe é nomeado um curador especial.

Há o prazo de dez dias para que o réu, após citado, apresente a sua contestação, com a juntada de documentos, provas e rol de testemunhas, nos termos do art. 158 do ECA.

Pode-se ser deferida liminarmente a guarda da criança ou adolescente ainda quando em curso a adoção, salvo no caso de adotantes estrangeiros, em que a guarda não pode ser deferida, tendo-se em vista que a única forma possível de colocação em família estrangeira é a adoção.

Há então uma audiência de instrução e julgamento, em que o Ministério Público deve participar, como em todas as demais fases do processo, na qual estarão os adotantes, o adotando e os pais biológicos, as testemunhas, os advogados e o curador especial, caso o adotante não possua representante legal.

²³⁴ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.257.

Nessa ocasião os pais biológicos do adotando podem oferecer o seu consentimento, e, como consequência são destituídos do poder familiar.

Sobre o papel do Ministério Público no processo de adoção Wilson Donizeti LIBERATI ensina que: *“O Ministério Público terá importante papel no deferimento da inscrição, pois analisará a satisfação dos requisitos legais e a demonstração de compatibilidade dos interessados com a natureza da medida.”*²³⁵

Ressalte-se que a participação de representante do Ministério Público é obrigatória, sendo que a inobservância desta regra pode gerar a nulidade do processo. Nesse sentido a Apelação Cível n. 2007.001.34433, Rel. Des. Roberto Wider, julgada em 09.08.2007, pelo Tribunal do Rio de Janeiro, e, também a Apelação Cível n. 167684/94, Rel. Des. Moacir Pitta Lima, julgada em 12.12.94, pelo Tribunal de Justiça da Bahia, respectivamente:

Apelação Cível. Ação de destituição de pátrio poder c/c adoção. Para que seja viabilizada a adoção pelo procedimento do Artigo 166 do ECA, é **indispensável** o consentimento dos genitores perante o juiz e o **representante do Ministério Público em audiência**, eis que a concessão da adoção implica na extinção do poder familiar. Sentença proferida sem a oitiva do genitor da menor, e ainda, sem prévia manifestação do Ministério Público quanto ao mérito da ação, ensejando a **nulidade do processo**. (Artigo 204 do ECA c/c Artigo 246 do CPC). Precedentes do STJ. Assim, impõe-se o provimento do recurso para declarar nulo o processo a partir de fls. 74, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para prosseguimento do feito na forma prescrita em lei. Cassação da sentença.

ADOÇÃO. Indispensabilidade de intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo. Nulidade do processo a partir do despacho de fls. 23, inclusive.

Diligências devem ser feitas pela equipe interdisciplinar para que a situação social, idoneidade moral, saúde física e psíquica do adotante possam ser aferidas.

Durante o estágio de convivência, uma equipe multidisciplinar, também realiza um estudo psicossocial para avaliar a conveniência da medida e a adaptação do adotando.

De relevada importância é a atuação da equipe interdisciplinar (arts. 150 e 151 do ECA) junto ao juiz. Isso porque tanto as diligências quanto os estudos que são feitos para avaliar os adotantes, a conveniência da medida e a adaptação do adotando, quando do estágio de convivência, são fundamentais, no caso concreto,

²³⁵ LIBERATI, W. D. L. Ob. cit., p.35.

como elementos informadores para o juiz na busca da concretização do melhor interesse do adotando.

Com o laudo social e passado o prazo do estágio de convivência, o Ministério Público dará seu parecer e o juiz, devendo priorizar sempre o interesse da criança ou do adolescente, proferirá a sentença.

Da sentença cabe recurso, no prazo de dez dias, independentemente de preparo, conforme os arts. 198 e 199 do ECA.

Ressalte-se que no caso de adoção deferida a estrangeiros a apelação é recebida com efeito devolutivo e suspensivo. De acordo com Tânia da Silva PEREIRA: *“Quis o legislador evitar a saída da criança ou do jovem, do país, antes do trânsito em julgado da sentença.”*²³⁶

Nos procedimentos que tramitam na Justiça da Infância e da Juventude é possível o juízo de retratação pelo juiz que prolatou a sentença, tendo em vista a reforma de sua decisão, assim, nos termos do art. 198, inc. VII do ECA:

[...] antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso de agravo, a autoridade judiciária proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de 5 dias.

Veja-se o entendimento jurisprudencial, na Apelação Cível 38.019, Rel. Des. Cláudio Marques, julgada em 07/08/1992, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relativa a uma Guarda, mas que se aplica também ao caso da adoção:

GUARDA E RESPONSABILIDADE. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO FACE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda fora dos casos de tutela e adoção, visando atender situações peculiares, entre elas, para fins previdenciários. O procedimento não tem forma ou figura de juízo, devendo o magistrado proceder com brevidade, atento aos princípios do artigo 153 do Estatuto. **Nos recursos dos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude há recurso de retratação.** (Grifou-se)

Em relação aos prazos recursais, Tânia da Silva PEREIRA ensina que:

[...] a Lei nº 8.038/90 fixou o prazo de 15 dias para o Recurso Extraordinário e para o Recurso Ordinário Constitucional perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo tribunal Federal. Considerando que o Estatuto é de julho do mesmo ano, portanto, posterior à referida lei, deve prevalecer para aqueles recursos o prazo de 15 dias previsto no art. 198-II, quando o objeto

²³⁶ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p.261.

do recurso for a Adoção, ou quaisquer outros assuntos relativos aos direitos da infanto-adolescência previstos na Lei nº 8.069/90.²³⁷

Sobre a cumulação dos pedidos de adoção e de destituição do poder familiar, em um único processo, que é possível, Eunice Ferreira GRANATO faz a seguinte crítica:

Não atendem aos interesses do adotando e nem dos adotantes a cumulação da destituição do pátrio poder e a concessão da adoção [...]. Uma vez que o espírito da lei é cortar quaisquer laços com a família consanguínea, é totalmente desaconselhado que esta acompanhe o processo de adoção.²³⁸

5.3. Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil: distinções e proteções

O Código Civil não cuida inteiramente da adoção, assim, pontos extremamente relevantes tratados no ECA, sequer aparecem, ou são apenas mencionados no Código Civil, tais como: a adoção por procuração, e, a adoção por irmãos e ascendentes do adotando, que são proibidas no ECA e não são mencionadas no Código; o estágio de convivência, detalhado no ECA e apenas citado no Código; o cancelamento do registro de nascimento anterior do adotado, a proibição de referências à adoção no novo registro, o cadastro de adotandos e adotantes, que não são disciplinados pelo Código, e, a adoção por estrangeiro, apenas mencionada no Código e detalhada no ECA²³⁹.

Eduardo CAMBI, citado por Luiz Edson FACHIN, ao tratar das diferenças entre a adoção civil e estatutária, traz exemplos do tratamento diferenciado nas leis em comento:

a) O artigo 1618 do NCC afirma que somente a pessoa maior de dezoito anos pode adotar, enquanto que o art. 42 do ECA eleva esta idade para vinte e um anos; b) o NCC não possui regras que vedem a adoção, por parte dos ascendentes e irmão do adotante, ao contrário do ECA (art. 42, par.1º); c) também não contém dispositivo que proíba a adoção por procuração (art.39, par. ún., ECA); d) o ECA prevê, no art. 50, caput e par. 1º, as importantes regras de que a autoridade judiciária manterá um registro de pessoas em condições de serem adotadas e outro de interessados na adoção, e a de que a adoção está condicionada a consulta dos órgãos técnicos competentes, sendo omissos o NCC sobre o assunto; e) o CC-2002, diferente do ECA (art.46, caput), não prevê a necessidade de um prévio estágio de convivência, afirmando, apenas, que a adoção será admitida se constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1625/NCC); f) o NCC, ao

²³⁷ PEREIRA, T. da S. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 262.

²³⁸ GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p.102.

²³⁹ GRANATO, E. F. R. Ob. cit., p.112.

menção os efeitos da adoção, no art. 1628, não contém as várias repercussões, no registro civil, previstas no art. 47 do ECA; g) o preceito que trata da adoção por estrangeiro, no CC-2002 (art.1629), é bastante lacônico, exigindo uma melhor regulamentação, a exemplo dos artigos 31, 51 e 52 do ECA.²⁴⁰

Depreende-se dos exemplos, o tratamento diferenciado oferecido pelo ECA e pelo Código, na matéria de adoção, o que reflete as dimensões protetivas distintas dessas leis.

Gustavo TEPEDINO, sobre o Projeto n.118 de 1984, que forneceu a redação atual do Novo Código, já afirmava que:

Pretendem alguns, equivocadamente, fazer aprovar um novo Código Civil, concebido nos anos 70, [...], que pudesse corrigir as imperfeições do anterior, evidentemente envelhecido pelo passar dos anos, como se a reprodução da mesma técnica legislativa, quase um século depois, tivesse o condão de harmonizar o atual sistema de fontes.²⁴¹

No mesmo sentido era o entendimento de Luiz Edson FACHIN: “a sua aprovação representará impressionante retrocesso político, jurídico e social.”²⁴²

O “novo” Código Civil possui, do ponto de vista da metodologia da ciência jurídica, praticamente a mesma estrutura dos Códigos do século XIX, baseando-se na noção de relação jurídica.²⁴³

A noção de relação jurídica serve como elemento unificador de um sistema de direito civil marcado pela abstração. Nesse sistema, só é considerado sujeito de direito quem se adéqua ao modelo de relação jurídica. Os direitos se originam não como decorrência das necessidades da pessoa humana e sua dignidade, mas do seu enquadramento em uma relação jurídica. Isso torna o sistema de direito civil uma estrutura marcada pela exclusão e que dificulta a efetivação dos direitos fundamentais.²⁴⁴

Com o advento da Constituição, o direito civil não poderia mais ser visto como um sistema fechado, dotado de autonomia conceitual e principiológica. Por isso, o “novo” Código, com a sua estrutura patrimonialista e abstracionista mostra-se

²⁴⁰ FACHIN, L. E. *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 185.

²⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.9.

²⁴² FACHIN, Luiz Edson. *O velho Projeto de um Revelho Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.499.

²⁴³ FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E. P. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, p.93.

²⁴⁴ FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E. P. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, p.95-97.

em alguns aspectos, incompatível com a nova racionalidade trazida pela Constituição, a qual traz como fundamento para a ordem jurídica a tutela e a promoção da dignidade da pessoa humana.²⁴⁵

Conforme Gustavo TEPEDINO, tecnicamente o Código não reconheceu as alterações trazidas pela Constituição, pela legislação especial que a seguiu e pela jurisprudência e, além disso, o Código retorna à neutralidade e abstração na sua dimensão axiológica, à exemplo do Código anterior.²⁴⁶

Luiz Edson FACHIN, sobre o assunto, elucida:

[...] do ponto de vista jurídico, o projeto encontra-se completamente desatualizado: desconhece os avanços da dogmática em matéria de responsabilidade civil, dos direitos da personalidade, apenas timidamente abordados, das relações de consumo (que dele não mereceram qualquer referência), dos novos contratos, das relações contratuais de fato, dos princípios contratuais da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações; da disciplina da posse, da propriedade e dos novos direitos reais imobiliários. **Nenhuma palavra, diga-se ainda, sobre as relações de família na perspectiva civil-constitucional ou sobre os** avanços relativos às técnicas de inseminação artificial.²⁴⁷ (grifou-se)

Dessa forma, em busca de uma pretensa unidade do sistema de direito civil, o Código veio então regular, e com falhas, a adoção, matéria já disciplinada pelo ECA.

Além disso, segundo Gustavo TEPEDINO, embora existam cláusulas gerais²⁴⁸, são poucas. Isso porque a sociedade, em razão de seu dinamismo, requer cláusulas gerais, tendo em vista ser impossível a regulação completa de todos os setores da vida. O Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente são bons exemplos de leis que se utilizam das cláusulas gerais, que podem evitar a defasagem, naturalmente existente, entre as leis e a sociedade.

Entretanto, o autor assevera que não basta a existência de cláusulas gerais, faz-se necessária *“uma definição normativa (narrativa) de critérios interpretativos*

²⁴⁵ FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E. P. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, p.100-101.

²⁴⁶ TEPEDINO, G. *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p.9.

²⁴⁷ FACHIN, L. E. *O velho Projeto de um Revelho Código Civil*, p.500.

²⁴⁸ Um exemplo é o art. 1625 do Código Civil, ao estabelecer que a adoção deve constituir efetivo benefício para o adotando.

coerentes com a ratio do sistema, voltada para valores não patrimoniais, como quer, no caso brasileiro, o texto constitucional.”²⁴⁹

Impõe-se a necessidade, como já afirmado, de se tomar a Constituição como unificador do sistema, e não o Código Civil isso porque:

[...]se o pluralismo ensejou a desconstrução dos sistema fechado (o Código), das categorias e institutos jurídicos [...], inútil seria buscar recompor o sistema com um novo e unificado corpo legislativo, por melhor que fosse, sem que se altere, profunda e radicalmente, a cultura jurídica em cujo meio se pretenda inseri-lo.²⁵⁰

Assim, em sede interpretativa, cabe à Constituição o papel de reunificação do sistema.

Gustavo TEPEDINO reconhece que o Código Civil, de certa maneira, avançou em relação ao Código anterior, em matéria de filiação, entretanto, alerta ser necessária a interpretação do mesmo à luz da Constituição:

[...] apesar de muitos dos seus dispositivos terem a mesma redação do Código Civil de 1916. Pode-se dizer, com efeito, que o Código Civil de 2002 abriu horizontes em matéria de filiação, desde que interpretado segundo a tábua axiológica constitucional.²⁵¹

Por sua vez a lei 8069/90, oriunda logo após a Constituição Federal de 1988, representou um momento em que, como já afirmado anteriormente, as legislações extravagantes ganharam novo impulso, na chamada fase dos estatutos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente representa uma “*conseqüência natural da Constituição de 1988*”²⁵², e, na esteira do texto constitucional, art. 227, caput, reafirma, na legislação ordinária, a racionalidade protetiva da pessoa humana, através da doutrina jurídica da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança.

Seu primeiro anteprojeto, chamado Normas Gerais de Proteção à Infância e à Juventude, elaborado logo após a Constituição, foi objeto de discussão do Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente, “*movimento de articulação de entidades não-governamentais e especialistas da área, muitos dos quais integrantes*

²⁴⁹ TEPEDINO, G. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p.10.

²⁵⁰ TEPEDINO, G. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p.12.

²⁵¹ TEPEDINO, G. *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional*, p.451.

²⁵² CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.16.

*de órgãos públicos ligados à questão*²⁵³. Das discussões resultou o projeto nº 159/90, cuja finalidade era “*assegurar a precedência na tramitação, porquanto se antevia, como aconteceu, o ingresso de outros projetos, tendentes a manter a filiação do direito nacional à concepção da situação irregular.*”²⁵⁴ Isso porque dois eram os grupos que se contrapunham, os estatuístas e os menoristas, aqueles eram adeptos do Estatuto, estes sugeriam a não revogação do Código de Menores, propugnando a sua adaptação à Constituição²⁵⁵.

Não obstante o projeto, o Fórum DCA permaneceu promovendo congressos, seminários, debates no intuito da criação de uma nova lei. Dessas discussões, surgiram conclusões que, transformadas em texto de lei, foi apresentado como substitutivo às Normas Gerais de Proteção à Infância e à Juventude, aprovado então em 16 de julho de 1990.

Assim, o modo como o Código e o Estatuto cuidam da adoção, é apenas um reflexo das racionalidades distintas pertencentes a cada um deles, cabendo ao operador do direito, no caso concreto, na busca pela melhor interpretação, sempre, pautar-se na nova racionalidade protetiva da pessoa humana oriunda da Constituição Federal.

²⁵³ CURY, M; PAULA, P. A. G de; MARÇURA, J. N. Ob. cit., p.16.

²⁵⁴ CURY, M; PAULA, P. A. G de; MARÇURA, J. N. Ob. cit., p.16.

²⁵⁵ CAVALIERI, Alyrio. *O código e o estatuto*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.278.

6. CONCLUSÃO

Inicialmente, quando a criança e o adolescente eram especificados pelo Direito, seu papel era de subordinação ao mundo adulto, eram quase objetos.

A proteção aos infanto-adolescentes estava restrita ao fato de se procurar um responsável adulto que as pudesse representar ou assistir, tendo em vista apenas a proteção do patrimônio. Seus interesses eram, portanto, subordinados ao mundo adulto. Entretanto, quando da existência de normas repressivas eram capazes de assumir obrigações.

Longo foi o caminho pelo qual se percorreu até que se evoluísse para a proteção integral dos mesmos.

A Constituição Federal, nesse sentido, tem grande importância, na medida em que foi a partir dela que passaram a existir relações subordinantes entre crianças e adolescentes de um lado, e, família, sociedade e Estado de outro, passando os últimos, agora, a serem os subordinados da relação. Crianças e adolescentes tornaram-se sujeitos de direitos universalmente reconhecidos.

Com a Constituição, no âmbito familiar, instituiu-se duas premissas no sistema jurídico em relação à filiação, e que repercutiram na adoção, quais sejam, a igualdade absoluta entre os filhos e o primado absoluto do interesse das crianças e adolescentes, princípio do melhor interesse da criança.

Também deveu-se à Carta Magna a inspiração para o teor das leis especiais que a seguiram, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, na denominada fase dos estatutos.

Tanto a Constituição Federal, quanto na sua esteira o ECA, consagraram a Doutrina da proteção integral. O intuito da Doutrina da proteção integral é proteger quaisquer crianças e adolescentes, em quaisquer situações, uma vez que todos são sujeitos de direitos fundamentais e possuem prioridade absoluta, constitucionalmente garantidos, em razão da sua peculiar condição de seres em desenvolvimento.

Por sua vez, o Código Civil, nos moldes do Código anterior, em busca de uma pretensa unidade do sistema de direito civil, também passou a regular, e com falhas, a adoção, matéria já disciplinada pelo ECA.

Nesse contexto é que avulta a importância do princípio do melhor interesse da criança e de uma interpretação dos institutos do Direito à luz da Constituição.

Como foi visto, uma “correção hermenêutica” do sistema da codificação civil só é possível por meio de uma interpretação que, em vez de pautar-se na racionalidade própria desse sistema patrimonialista e abstracionista, tome como base a ordem principiológica constitucional, concretizando os direitos fundamentais.

Com relação ao princípio do melhor interesse da criança, pode-se dizer que o mesmo, possui, assim como os demais princípios, três funções básicas, quais sejam, condensar valores, oferecer unidade ao sistema e condicionar a atividade interpretativa.

Na adoção o princípio tem sido muito utilizado como fundamento das decisões, sendo, portanto relevante na atividade interpretativa. Mas emerge a dúvida acerca do que representaria o “melhor interesse” para uma criança ou adolescente, e, sobre uma possível discricionariedade ilimitada conferida ao intérprete por conta do referido princípio.

As questões que envolvem crianças e adolescentes demandam flexibilidade, principalmente na matéria de adoção, pois diante da complexidade inerente aos casos – está em jogo a vida de uma criança ou adolescente - não se poderia estar restrito a um sistema fechado e restrito às hipóteses previstas na lei.

Além disso, há parâmetros oferecidos tanto pela Constituição Federal, quanto pelo Estatuto, que podem auxiliar na determinação do que possa representar, num caso concreto, o “melhor interesse”. São eles os art. 227 da Constituição Federal e os arts. 4º, 5º e 6º do ECA.

Portanto, a discricionariedade do juiz não é ilimitada, muito pelo contrário, está condicionada aos documentos internacionais, às normas constitucionais e infraconstitucionais que espelham a Doutrina da proteção integral. Para a sua convicção o juiz também é auxiliado por equipes interprofissionais, formadas geralmente por psicólogos e assistentes sociais.

Assim, confirma-se a importância do princípio do melhor interesse na atividade interpretativa do juiz quando se está diante dos casos concretos que envolvam a adoção, buscando solucioná-los a partir da nova ordem de valores trazida pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

Assessoria de Apoio aos Juizados da Infância e da Juventude -AAJIJ. *Coletânea de Leis da Área da Criança e do Adolescente*. Curitiba: Juruá, 2000.

ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Ângelo Luis de Souza. *O Estatuto da Criança e do Adolescente em face do Novo Código Civil*. Cenários da Infância e da Juventude brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBOSA, Heloisa Helena. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil*. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v.225, p. 5-37, jul./set., 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil de 1916. *Novo código civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 19/07/2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 19/07/2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. *Novo código civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 12/07/2007.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. *Novo código civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

CAHALI, José Francisco. *Direito intertemporal no livro de família (regime de bens e alimentos) e sucessões*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey: 2004.

CAVALIERI, Alyrio. *O código e o estatuto*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência. 3.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Direito do Menor*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

COSTA, Dilvanir José da. *Aspectos do direito de família na Constituição e nas leis reguladoras*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0, 2001. CD-ROM.

EBERLE, Simone. *Mais capacidade, menos autonomia*. O Estatuto da Menoridade no Novo Código Civil. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.6, n. 24, p.24-35, jun/jul, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. v. XVIII – Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Elementos Críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *O velho Projeto de um Revelho Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto alegre: Livraria do advogado Ed., 2006

FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto alegre: Livraria do advogado Ed., 2006.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. ALVES, Geraldo Magela. *O novo código civil anotado*. 3.ed. rev. Rio de janeiro: Forense, 2003.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. *Tutela da Filiação*. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FREITAS, Lúcia Maria de Paula. *Adoção – Quem em nós quer um filho?* Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.3, n.10, p.146-155, jul/set, 2001.

GEDIEL, José Antônio Peres. *A Adoção na Legislação Brasileira*. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1989.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática: com abordagem do Novo código Civil*. Curitiba: Juruá, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado. Direito de Família*. v.5. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Famílias monoparentais*. A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti Liberati. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito patrimonial. v. XVI - Arts. 1591 a 1693. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.5, n.19, p.133-156, ago./set. 2003.

_____. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n.12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

MARCILIO, Maria Luiza. *A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726 – 1950*. In: FREITAS, Marcos Cezar de. (Org.) *História social da infância no Brasil*. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Publico*. 6.ed. rev. amp. e atual. vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: 1979.

_____. *Curso de Direito Internacional Publico*. 6.ed. rev. amp. e atual. vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: 1979.

MESSIAS, Patrícia Mello. *O princípio do melhor interesse da criança*. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas. Maceió: Nossa Livraria, v.2, p.297-319, 2006.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2003.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil da Família anotado: legislação correlata em vigor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Da adoção*. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *Família, Infância e juventude: os desafios do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. 3.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *O cuidado como valor jurídico*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *O melhor interesse da criança*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PERROT, Michele. *O nó e o ninho*. In: *Veja 25: reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993.

PROTEÇÃO. In: *Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0*, 2001. CD-ROM

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, Caio Augusto Silva dos; BAHIA, Cláudio Jose Amaral. *Da possibilidade de adoção após o falecimento do adotante sem que este tenha iniciado o procedimento judicial*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Da Adoção*. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O Novo Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: Ltr, 2003.

SILVA, Paulo Lins e Silva. *O direito intertemporal no Novo Código Civil. Casamento. Dissolução. Filiação e União Estável*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, G. E. do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIQUEIRA, Liborni. *Adoção no Estatuto e no Código Civil. A disciplina jurídica da filiação*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. 3.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Adoção no tempo e no espaço*. Doutrina e jurisprudência. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Fundamentos principiológicos do Estatuto da criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.6, n.26, p.18-34, out/nov, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O direito e a justiça do menor*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. 3.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *O menor, esse desconhecido*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. 3.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina jurídica da filiação*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. 3.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional*. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

_____. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*. *Revista de Direito Civil. Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: RT, v. 65, p.21-32, jul./set. 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. 3.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VIANA, Marco Aurélio S. *A tutela da criança e do adolescente*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de Família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. 3.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WALD. Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de família*. 10. ed. ver. amp. v. IV. São Paulo: RT, 1995.